目 录

第一编 观 念

第二编 制 度

第一编 观念

第一章

宪政主义的诠释

我们已有的宪法性法律，不是个人权利的来源，而是其结果。

——戴雪《宪法性法律研究导言》

世界是没有希望的，除非权力能被驯服。

——罗素

本编将集中论述古典宪政主义和现代宪政主义所提供的理论与技术，及其背后那些根深蒂固的价值传统。我试图以一种知识复原的方式，将这种对宪政传统的论述镶嵌到我在中文语境和时代处境下对宪政主义的观念推进中去。我不主张以规范学术的方式将对非汉语知识的讨论和汉语知识的加添截然分开。这是我与规范学术界扞格不通的地方。我对社科学术的基本立场，就是人类知识传统在中文学术语境中的复述和生长。而不是以一种想像中的中立客观，以汉语的方式讨论非汉语知识。这种方式制造了一个顽固的他者意识，长期以来造就了知

识的断裂，使知识和思想无法以一种整全性的方式在汉语语境中得以推进，甚至不能真正落足，成为汉语知识的一部分。我的上述学术理念，显而易见来自于两个立场，一是我对某种知识和观念传统的整全性和本体论的预设，一是我对时代处境和汉语语境的切身体察。我的论述中将处处出现这两个方面，但我不准备特别为这样的普遍性预设辩护，因为任何一种预设都在学术自由的范围内，无论它是否长期以来已经被大多数学者所鄙弃，甚至是被强迫性的及时代性的怀疑。

1．宪政与宪法

我们只有做法律的奴隶才能获得自由。

——西塞罗

1.1 何谓宪政

究竟何谓宪政？主流的看法大概来说，宪政是一种以法治为形式、司法为屏障，以民主为基础、分权制衡为手段，以保障个人自由为终极目标的政法体制。宪政国家大多有一部成文的宪法（constitution）作为限制政府权力和保障个人权利的依据，也有像英国、以色列这样，因为特殊的历史传统或立宪道路而欠缺一部成文宪法的例子。但有没有一部自称为宪法的文件，不是判断一个国家是否践履宪政的依据。有人曾引用毛泽东在上世纪40年代“延安宪政促进会”成立大会上的讲话，解释“宪政就是民主的政治”。这个说法是对宪政的误解。宪政的核心价值不是民主，而是自由。第一关注的是，个人自由是否在价值上和制度安排上被视为对政法制度的、最根本的在

先约束。

制度约束权力，观念约束制度。我将在先约束视为宪政主义的一个内核，“约束”一词，可以将宪政的制度设计和宪政的超验价值这两个方面勾连起来，也使“约”（圣约、誓约和契约）成为我构建宪政观的一以贯之的最高范畴（参见本书第四章）。宪政的权利在先性的确立，或说宪政主义对于自由在价值序列上所体现出的自负，在思想史上大概有三个主要的渊源：一是源自古希腊、在中世纪结合基督教精神通过阿奎那等神学家得以延续、而后在近代复兴的自然法传统；二是源自罗马法而后主要在英国得到了确立的法治（rule of law）与司法的传统；三是近代以来的古典自由主义传统。

这三大传统具有某种交叉性。自然法的精神，用罗马法学家西塞罗的话表示，就是“为了自由，我们才服从法律”。这种传统认为天地间有一种高于世俗法律之上的价值，一种更高级的“法”存在。这是一种超出或者先于人类经验范围的“自然权利”，更脍炙人口的说法叫做“天赋人权”。自然法为制定法悬置了一个高贵的价值目标。当圣经说耶和华以自己的形象创造了亚当，并俯身迁就与罪人立约，在人类史上展开由神主宰的爱与公义的救赎计划。于是每个个体的生命和权益因为直接与神建立起渊源，从而获得了不被怀疑的平等性。因此基督教信仰为自然法提供了更为坚实的超验根基、自由内涵和道德基础。用马丁·路德的话说，“我的自由和良知，是神的话语的囚徒”。在近代，当休谟提出“法律之下的自由”（freedom under the law），自由价值在法治那里获得了程序性的表达，从而成为宪政主义的阿基米德支点，宪政制度得以展开，以此撬动和控制国家，实现对于权力的驯服和有效的驱使。

自然法所称的自然权利和休谟的“法律之下的自由”，在

英国思想家洛克那里得到了法律化的阐述，一个著名的表达公式就是“生命、自由和财产”。这种个人权利的在先立场，构成了宪政对制定法和国家行为之优劣的判断权，因为“最愚蠢的一个想法，莫过于认为一切法律都包含着正义的内容”，无论这些法律是以君王的名义或者人民的名义制定的。

在英国的法治传统中，也接受了源于自然法传统的权利在先前提。英国宪法学鼻祖戴雪说，宪法性法律“不是个人权利的来源，而是其结果”。这说明权利的在先性或说超验性，是英国宪制和法治传统的一个起点。之间体现了一种政治上的卑谦态度，即将整个国家机器的建构放在对个人权利的一种近乎神学一般的尊重之下。臣服在这种观念之下的政体，权力的运作才比较令人放心。这样的政法制度及其执政者，具有一种本质上的谦卑，和对一种价值权威的顺服。超验价值的存在，恰恰是对政法秩序本身的超验性的彻底否定。只有当一种近乎神学的在先观念的约束力被现实政治所接受，政治本身才不会被神圣化，建立在强制力之上的人类的政治共同体，才不会成为任何一种超验的政治理想的载体和工具。宪政就是这样的一种政体。

同时，顺服在个人权利的在先约束之下的“法律”概念，也就具有了一种高于君王或人民意志之上的超验地位。这种顺服，使法律和政治摆脱了任何意义上的意志论和对任何人间力量的偶像崇拜。法的概念在本质上就意味着对意志的超越，不管这个意志来自君王或者民众中的多数。这样的信念也是现代宪法概念的一个起源，是对“宪法（法律）是主权者意志的体现”这种实证主义立场的高傲的拒绝。正是那种追求所谓非政治化、非价值化、形式主义的法学倾向，使宪法的概念在当代社会极度宽泛化，成为对“任何国家形式”的一种法律化阐

释。于是各种宪政的制度安排如代议制议会、民主制选举、司法独立及分权制衡等，仅仅成为对国家的一种品格要求，就像对个人的品格要求仅仅到诚实、善良、勤奋等为止一样。而不是基于国家和政体在来源和性质上的一种“非如此不可”的本体论的要求。这样的实证主义立场，在各种反宪政的如形而下的国情论、本土资源论，形而上的国家主义论、决断论等理由面前，完全无力抵挡，从而助长甚至催生了各种宪法和宪政产生断裂的政治现实。所以自由主义思想家哈耶克批评纯粹法学的代表人物凯尔森，认为他的实证主义立场使他成为“极权民主的捍卫者”[①]。这种批评在一个宪政制度已根深蒂固的社会中，听上去略显苛刻。但某种放弃宪政主义价值约束的实证道路，一旦放在一个缺乏宪政制度及其价值背景的后进国家，譬如对一个“伊拉克或古巴的凯尔森”而言，“极权民主的捍卫者”这种说法，甚至还显得过分善意和宽宏大量了。

1.2　什么样的宪法

从观念上说，宪政是对宪法内涵的界定，它要回答的问题是“究竟要什么样的宪法”？界定的最低限度包括了个人权利在先性的确立和一个受到制衡的“有限政府”目标。从制度上说则包括了分权制衡、代议制民主、司法审查以及两院制、联邦制等具体的宪政技术。从实践上说，宪政也可以理解为一个“建立并推动某类政治制度”的历程，也就是一个有着明确方

---

① 哈耶克：《法律、立法和自由》第一卷，邓正来译，中国大百科全书出版社2001年版，第238页。

向的立宪过程[①]。从近代历史看，宪政这一术语是迟至美国革命后的制宪活动才正式贡献出的一个概念[②] 从那时起大约150年间，宪政概念与作为立宪结果的宪法概念，它们的内涵都是和谐而统一的。当人们谈论宪法，人们也就是在谈论宪政或宪政的外观设计。

> 在过去几个世纪中，普通民众、宪法学家、甚至政治学家都倾向于把宪法及其权利法案看作即使不是“到乌托邦去的通行证”，也是反对专制的重要保证。然而，今天的事实却已不再如此 现在对宪法中公民权及参与权法案的侵犯（而不是遵守），在大多数国家中已是司空见惯的事情。民主主义的、看上去完美无缺的魏玛宪法在纳粹德国的命运，以及当代一些国家的一党体制、法西斯独裁者和各式各样的军政府对新宪法的颁布和宣传，在实质上使人们放弃了以往那种把宪法视为政治体系的核心的看法。
>
> ——《布莱克维尔政治学百科全书》

这样，20世纪后半叶以来，成文宪法的概念在作为政治婢女的法学家手中，开始变得可能与宪政毫无瓜葛。按学者萨托利的分类，只有当一部宪法是以保障个人自由为目的的“保障性宪法”，并能够得到有效施行和维护的时候，施行这样的宪法才能称之为宪政。但事实是“所有国家都有一部宪法，但只有某些国家才是‘宪政’国家”。萨利托把那些形式主义的宪法称之为“名义性”的或“装饰性”的宪法。前者是指某种不受制约的“无限政府”的政治体制，也通过宪法来获得法律

---

① “立宪主义”（constitutionalism）辞条，《布莱克维尔政治学百科全书》（修订版），中国政法大学出版社2002年版，第183页。

② 哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第9页。

化的表达。这是一种"丑话说在前面"的宪法。而后者是指一部宪法在表达上和真正的"保障性宪法"并没有多大区别，只不过现实中却几乎被束之高阁甚至背道而驰。这是一种立牌坊式的宪法，萨利托干脆称之为"冒牌宪法"。

1.3 概念的交待

这样的背景下，宪政或宪政主义（constitutionalism）就成为一个主要是政治学的、而非法学的关于构建国家政法制度的核心概念，一个对宪法进行价值评判的"打假"工具。有时这个词也被法学家译为立宪主义。在本书中，我同时使用这三个概念。当侧重于描述一种政法制度时，多用宪政或宪政制度。侧重于描述一种在先的观念体系及其与思想史的勾连时，使用宪政或宪政主义。而在侧重于描述历史经验的演进时，有时也使用立宪主义一词。同时由于宪政作为一种人类政治共同体的理想，尤其对渴求宪政转型的后进国家来说是一个可能漫长的，包括了制度确立和价值涵养的过程。因此在法学的学科视野下和侧重于"制宪"环节讨论的时候，我使用立宪主义；而在政治学的学科视野下以及在涉及价值涵养的整全性讨论时，则使用宪政或宪政主义。

在思想史上，宪政所接纳的个人权利的在先性和对权力的警惕与制衡，正是近代自由主义思想的精髓。正如英国人约翰·杰温斯波所说："对政治的怀疑是现代自由主义的根本精神"。自由主义在本质上是一种政治学说，而非抽象的哲学思潮。宪政正是自由主义的政治与国家学说。从既有理论和历史经验看，也只有一种宪政，那就是自由主义的宪政。考虑到确立个人权利的在先性对那些非自由主义的、甚至专制主义传统特别浓厚的后进国家来说，可能是异常艰难和十分模糊的。因此我

有时也使用“自由宪政主义”（liberal constitutionalism）一词来凸现这种价值前缀的必不可少。

宪政制度的制衡对象之一，是作为“政治上的多数”的民意，如麦迪逊所说，“有限政府”首先意味着一个立法权有限的政府。因此宪政意味着对民主制的重要修正。但民主仍然是宪政的政治合法性的来源之一，尤其在绝大多数君主制度被废止的国家，民主几乎是促使权力正当化的唯一的合法性基础。民主思想在西方政治史上，甚至比宪政思想拥有更古老的传统。因此现代宪政主义的兴起几乎是一个与民主制度同步发展的历史，西方宪政主义的侧重点因此放在对民主的制衡和警惕上，是很好理解的。但在专制主义政治传统挥之不去的国家，民主价值的匮乏就像西方民主传统的古老一样令人头痛。为了彰显民主的前提对宪政转型国家的重要性，我也在某些时候加一个后缀，使用“宪政民主（制度）”的概念。

1.4 宪政的原则

也可以借用社会学家韦伯关于“世界的除魅”的概念，来部分的解释近代宪政的缘起。“除魅”就是说随着形式理性的发展，传统政治威权的某种神圣性和在先的约束力逐步消除了，神的光辉从围绕着我们的一切物、事件、文字和规范上撤离。那么统治权力不可能再直接诉诸宗教或宇宙的神秘秩序来获得说服力和正当性，民众很难再虔诚地祈祷、磕头或三呼万岁。于是世俗的政治秩序能够被公众认同的“合法性”就成为一种稀缺资源。在基督教背景下，这是上帝之死在政治领域呈现的后果。接着在一个世俗化的过程中，市场秩序和自由企业制度的自发演进，开始使一种建立在财产权和私人契约之上的人际关系的自发扩张成为可能。在卢梭式社会契约论的假设

中，政治进一步的去掉了它的神圣性与使命感，成为一个个人自治和公民结盟的共同体空间。这一空间及其秩序的最终目标是确保个人（或地域单元）作为结盟者的财产权和契约自由。原来日含天宪的威权是一种“下降型”的垂拱而治，以后就逐渐被一种世俗契约论的“上升型”的权威所取代。由于后者彻底改变了权力的正当性来源，也就彻底改变了国家的本质。

但韦伯本人不信基督教，在他的“除魅”概念下，多元化的价值冲突就立刻成为一个困境。他把这种困境比喻为奥林匹斯山上的“诸神之争”，这样个人权利在价值上的在先性就有了疑问。于是韦伯倾向于强调个人做出价值抉择的重要性，从而在政治上颇为寄望于强权的民主领袖。这似乎显示出他对宪政道路的某种不信任。后来的德国宪法学家施米特和韦伯一样，也是自由宪政主义主要的怀疑者和批评者，但他在信奉领袖的决断权威方面走得更远。魏玛之后德国政治向着纳粹独裁演变，显示了彻底的除魅和对个人权利在先性的消解，在政治上可能带来的灾难。尽管施米特最终成了希特勒的御用法学家，但他对自由宪政主义的总结和责难对我们理解宪政仍然是极具价值的。他这样归纳自由主义的宪政原则：

自由主义的宪法有两个原则，一是分配方面的原则，是指“只要谈到国家，那就必须以个人自由的领域的存在为先决条件；实际上个人自由在原则上是无限的，它的内容并非来自法律或法规。而国家权力在这个领域的干预是有限的”，所有对私人领域的干预都应当被视为例外，“而且在原则上是有限的、适度的、并普遍受到调整的例外”。第二个是组织方面的原则，它是指有限的国家权力应当分配给立法机关、醌政机关和司法机关，结合在一种职权划分明确的规范化制度之中。“只要当所有的行政机关——尤其是警察机关——受制于法律规定的条

件和程序，并怯只能根据法律才能对个人自由领域进行干预的时候，一个国家才能称为法治国”[1]。

这和自由宪政主义在当代的捍卫者哈耶克对宪政的阐述基本一致。但哈耶克说得更简洁。他在《自由宪章》这部巨著中说宪政的实质有两个方面：

一是限权，即限制政府及立法机构的专断性权力。

二是保障，即保障个人的各项基本权利，特别是洛克提出的生命、自由和财产权。

在宪政主义者看来，个人权利的在先性是不可变的，国家权力是消极的。而国家所欲达成的某些阶段性的、积极的社会目标，必须雌伏于宪政制度之下，成为第二位的和可变的。同时通常也就是值得质疑的。通过宪法和法治的方式践履这样的政治制度，就是宪政。以宪法为灵魂的国家权力的人格化[2]，就是宪政。离开宪政主义，人们将根本无法去置评一部宪法。其实宪法与宪政，也可以用结婚证和爱情的关系来作譬。宪政是宪法的实质，如同爱情是婚姻的实质。借用德国学者恩格斯的名言，没有爱情的婚姻是不道德的，不要宪政的宪法也同样不道德。

纵观人类社会的历史经验，只有宪政才能带来政治秩序的长期稳定。如果离开了宪政及其在先约束，宪法或立宪的概念就是飘忽无根的，只能称之为“政治中不能承受之轻”。如果单看宪法，这一百年间，中国是人类历史上拥有宪法最多的国

---

① 《自由立宪主义及其批评者卡尔施米特和马克斯韦伯》，载埃尔斯特主编：《宪政与民主》，三联书店1997年版，第121页。

② 这意味着国家的团体人格与执政者的个人或团体人格的彻底分离。宪法作为一种人格化的权威，逐渐去取代各种非人格化的权威，从而完成对政治叙事的重新书写。参见本书第二章《宪政与民主》“3．2权力的人格化”

家。从清廷的《宪法重大信条十九条》，到孙文的《中国民国临时约法》，从袁世凯的《中国民国约法》，到曹锟的《中华民国宪法》，从蒋介石的《训政时期约法》到1946年的《中华民国宪法》，以及建立中华人民共和国之后的四部宪法，不多不少，一百年间全国性的正式宪法文本一共十部，平均十年得磨一剑。此外地方性的宪法，还有1922年的《湖南省宪法》、1931年瑞金的《中华苏维埃共和国宪法大纲》及1946年的《陕甘宁边区宪法原则》等。其它策划于密室、胎死于腹中的宪法草案，如袁世凯"天坛宪草"及段祺瑞的"段记宪草"等，更加不一而足。如此频繁"立宪"，甚至远远超过了法国在大革命后90年之中颁布七部宪法的记录。所谓俟河之清，人寿几何。如果一部宪法的寿命甚至短于人均寿命，甚至短于一个执政者的任期，那是对"宪法"概念及其学术研究的莫大否定。

2. 宪政与司法

你们施行审判，不可行不义，不可偏护穷人，也不可看重有势力的人，只要按着公义审判你的邻舍。

——《旧约·利未记》第19章

2.1　主权者的自我约束

罗马人与英国人都坚持同一个理念，法律是有待于发现的东西，而不是可以制定颁布的东西。社会中的任何人都不可能强大到可以将自己的意志等同于国家之法律

——布鲁诺·莱奥尼《自由与法律》[1]

在观念史的意义上，我将宪政定义为“主权者的自我约束”[2]，而不仅仅是人民对政府的制约。宪政的主权观是有限的、混合和残缺的主权观。主权者的自我约束首先是对立法权的约束，如麦迪逊在《联邦党人文集》中说，“有限政府就是立法权受到限制的政府”。而不像通常误解的那样，主要是行政权受到限制。对立法权的约束在观念上又可以分开两种思路。分别发展出专制主义和宪政主义两类政法模式。一种是国家主义的，反宪政的，它导向议行合一的趋势；另一种是宪政主义的思路，是对立法权和大多数人意志的怀疑。由此导向违宪审查这样一种宪政主义和自由主义的技术。

从卢梭到康德、再到黑格尔和马克思的这一条思路里面，也能看到对立法权进行限制的思想。如黑格尔是主张对立法权进行限制的，但限制立法权是出于国家主义的崇拜，出于对行政国家的偶像化。因为在他看来，国家的目的是“伦理的实现”。用耶稣在旷野受撒旦试探时那个著名的比喻，就是认为国家的目的是“把石头变成面包”。政府为恶的假设，国家是信不过的那些自由主义的信条，在黑格尔看来不过是“贱民的

---

[1] 布鲁诺·莱奥尼：《自由与法律》，秋风译，吉林人民出版社2004年版，第16页。

[2] 主权（Sovereignty）的概念起源于法国，语出中世纪的法语Souvrain，更出于中世纪的拉丁语Superanus，其本来意义只含“出于他人之上”的意味，近代的国家主权至上论肇始于法国思想家博丹，他以主权为“独立、最高、无上、虽以法律亦不能限制之绝对的权力”。参见美浓部达吉《宪法学原理》，欧宗祐等译，中国政法大学出版社2003年7月版，第202～208页。之后卢梭、康德等人所主张的主权不可分，也是由此思路而来。这是欧陆政治哲学一条主流的反宪政主义的国家主权论。无论是主权在君还是主权在民，主权都视为是饱满的，自足的。不接受主权的残缺、分割和自我限制，就没有立宪政体的延伸。

见解”。他认为国家是至高无上的，从卢梭到康德都持这种看法，国家无限，国家的命令个人必须服从，“即使错了也要服从”。在这样的观念下，当然也会强调限制立法权。这种对立法权的限制，其实质是基于对行政国家的偶像崇拜，而去限制老百姓的权利。限制立法权具体而言就是限制议会，限制多数人的意志。马克思在评价黑格尔法哲学思想时曾说过一句话，“立法权是叛乱的因素”[①]。因此从巴黎公社到共产主义政权，包括我国目前的全国人民代表大会制度，背后都有一个“议行合一”的理论框架。议是指议会，行就是政府。马克思认为立法权是一个天然的颠覆政府、颠覆最高权威的因素，政府要做事而议会只在旁边捣乱，只知去否定决议和预算。从这个思路出发，理论上衍生出一套并不成熟、也不典型的“议行合一”体制。强调行政权和立法权某种程度上的合二为一。不是三权并行，而是立法权在上，直接涵盖行政权，行政权对它负责。但议会也有权在很大程度直接干预和支配行政权。这种“议行合一”模式长期停留于一种似是而非的状态，并未在制度中有效地贯彻。迄今为止只在部分学者的笔下被继续描述。

在英美国家，对立法权的约束导致另外一个思路，由此形成现代宪政制度的核心技术，即分权制衡与违宪审查。有学者对各国成文宪法进行比较，目前明确或含蓄规定了由司法机构进行违宪审查的，占45.1%，明确或规定由立法机构或其它机构进行违宪审查的，占4.9%，未作规定的有34.5%[②]。

---

① 黑格尔：《法哲学》前言，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版。

② ［荷］亨利·范·马尔赛文等：《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社1994年版，第104页。转引自程洁：《美国宪法诉讼中的可诉性检验研究》，《宪政论丛》第4辑，法律出版社2004年6月版，第170页。

超验的在先约束的确立，使立法至上的观念从宪政主义者眼里消失了。宪政制度转向司法至上的倾向，反对议会的自我审查，因为“任何人不得做自己的法官”（No man is allowed to be a judge in his case），是英美普通法法治主义的一个基本原则。这一法治原则在政治哲学上的延伸，就是宪政主义的主权残缺和有限观。立法者不能被等同于主权者，因为立法者必须被立法者之外的人裁判。美国法学家凯尔森从一个反面对议会的自我审查有过精彩的论述，他说：

由立法机关本身决定是否违宪，那立法机关通过的法律就都具有宪法意义。没有一个议会立法可以被认为是违宪的。[①]

凯尔森的意思是，如果没有高于立法权的裁判权，就没有宪法的概念。如果立法权具有自我裁判权，就没有违宪的概念。因为一个整全性的议会在政治合法性上是“不能为非的”[②]。因此立宪政体需要将最重要的对于立法的裁判权从立法权里剥离出来，交给最高法院和大法官。由大法官立足于法律、宪法和不受制于多数人的理性和智慧的知识传统，对议会和政府的立法进行审视。在现代宪政制度中，违宪审查在政治权威上把最高法院这一“最不危险的部门”摆到了最高的甚至是“虚君”的位置，用司法权的崛起来抑制行政权和立法权。司法独立和司法审查制的实质，是共和主义精神的现代翻版。服从一项判决，不是服从法官的单一意志。而是对一种有限的和混合的主权观的服从，对智慧、理性、司法技艺、超验正

① 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第176页。

② 参见本书第三章之《“非已诉”和孔多塞定理》，其中对责任政治和“议会不能为非”的论述。

义、民意和程序的服从。美国学者考文这样评价司法审查，"如果没有司法审查作后盾，制定法的形式也无法保证高级法成为个人求助的源泉"[1]。现代的宪政主义既与宪政的超验价值密不可分，又对直接诉诸于超验正义的违宪审查制度（包括判例制度）有相当的倚重。通过违宪审查，在不同时期基于宪法的"高级法"背景对具体情境下的个人权利或增或减，并不会对在先价值本身构成颠覆，反而在宪法传统中积累起丰富的对于正义的法治主义的理解和遗产。

2.2　司法宪政主义

对于一个国家的自由来说，最为至关重要的乃是人民应当受到法律的统治。

——《1660 年威斯敏斯特议会宣言》

国王应当不受制于任何人，但应受制于上帝和法律。

——柯克

对比"议行合一"和"分权制衡"这两种思路，会发现司法权在宪政制度中可能具有的特殊性质。出于对孟德斯鸠式三权分立理论的不满，有人提出"统治权"与"司法权"的两分法[2]，可能具有一种更非常鲜明的宪政主义色彩。因为它概括出宪政主义不同于民主主义的两个精髓，一是对一种支配性的

---

[1] 爱德华·S·考文：《美国宪法的"高级法"背景》，强世功译，三联书店 1997 年版，第 93 页。

[2] C·H·麦基文：《宪政今古》，翟小波译，贵州人民出版社 2004 年版，第 70 页。麦基文在评论中世纪宪政的特征时，将"治理权"与"审判权"的两分作为其最著的特征。刘海波曾提出"统治权"和"判断权"的两分说，得到秋风、我和其他一些朋友的认同。这是一对宪政哲学色彩更鲜明的概念。在宪政制度的层面上，我还是称其为"统治权"与"司法权"。参见本书第六章"分职和分权"。

公共权力（行政和立法）在整体上的质疑和制衡，二是对司法权捍卫原则、理性、在先价值和宪法权威的宪政功能的高度张扬。

在奠定民主制和三权模式的前提下，美国宪政的历程很大程度上就是一个司法权崛起的历程。《左传·成公十三年》中有句名言，“国之大事，在祀与戎”。我把这句话拿来作为对统治权与司法权两分的一个本土思想诠释。用“祀与戎”的两分法，可以建立起一个诠释古典宪政主义到现代宪政主义的简洁模式。“戎”代表君王的统治权力，在远古主要是征伐，现代社会当然不止于此。而“祀”则代表一种具有超验背景的知识和道义传统。在远古，这个传统是由祭司或巫史来掌握的。所有的暴力操控在君王手中，祭司巫史们没有一枪一炮，一兵一卒。他们只有一张嘴巴，和嘴巴里面的话语权威。但君王的一切决策和重大纷争的裁判却要先咨询他们，也可能因他们的卜筮和预言而被否决。这种局面和宪政国家中最高法院执掌的违宪审查机制是颇为相似的。

如果说在民主制度下得到民意合法性支撑的美国总统和美国国会，替代了自古以来属于“君王”的统治权。那么端坐高堂之上的5名或9名最高法院大法官，其宪政角色就是现代宪政模式中的“大祭司”。“国之大事，在祀与戎”的意思，放在远古，可解释为国家的基本政治结构来自祭司代表的“道统”和君王代表的“政统”之间的均衡。放在一些现代宪政国家，就是最高法院代表的“司法权”对国会和总统代表的“统治权”的制衡。

立法权和行政权至少有三个共同的、与司法权迥异的特征。其一，它们都是一种支配权，富于进攻性和主动性。意味着公共权力对个人和公共生活积极的改造、修正和冒犯。其

二，它们在民主制下都具有直接的民意基础，这个基础赋予它们说服力和合法性，但也因此加剧了统治权的自负和危险。但宪政制度的本质是对唯意志论的反对，无论是一个人的意志还是多数人的意志。所以国家需要一个更高的裁决者，和一种知识和价值的传统，去制衡本质上属于"君王"的无边意志。其二，立法权与行政权之间的混合趋势在现代政治中越来越明显。一方面，议会把更多的立法权授权委托给了政府；一方面，议会也以立法的方式频频干预和处分行政事务。这种立法的泛滥败坏了古典的法治传统。鉴于这种混杂，立法权和行政权几乎已经失去了本质上的差别，而沦为行使统治权的两种具体技术。它们之间的相互制衡，日益下降为"君王"权力的一种内部监督机制。

晚年哈耶克曾对此深恶痛绝，提出一个三权变五权的方法，把立法权分解为一个更加消极无为的、元老院式的"纯粹立法议会"，和一个从事具体立法工作的议会。再把行政权分解为一个光说不练的"政府治理议会"，和一个跑腿的政府管理机构。单就立法权这一层而言，他的设想是想结合英美两种体制，把美国最高法院的"祭司"功能搬到一个古典的英国上议院去。但这种模式无疑是对马歇尔大法官开创违宪审查制度以来的现代宪政主义的一个反动。在他想像中的"纯粹立法议会"与最高法院之间，必将出现宪政制度中一个不可弥补的裂口。这也显出了"统治权"与"司法权"两分概念的意义。研究美国宪政史，可以看到国会与总统之间的职能交换是不可避免的，这是统治权的本性使然，唯一的道路就是近代以来英美立宪主义的历史道路，即一条司法权崛起、从而制衡统治权、约束民意可欲范围的"祭司"之路。

如果将"国之大事，在祀与戎"作为一个宪政的基本模

式。可以接续中国古典政治传统和英美的现代宪政制度，从中拉出一根本土资源的线索来。在观念的层面，我将中国的宪政主义政治哲学分为"神权宪政主义"、"儒道宪政主义"和"司法宪政主义"三个阶段。

通常认为中国古代是政教合一的，这不仅在制度上，而且在观念上完全排除了"祭司"制衡"君王"的可能性。但事实上"祀"与"戎"这两种权威在古代中国大部分时期是分开的。周代之前大致属于"神权宪政主义"，祭司和巫史代表了一种针对君主的知识和道义的霸权。君主没有彻底占据和颠覆过这种神圣性的话语权威。这个传统一直持续到"文王困而演周易"为止。文王演《易》是中国政治史上政统与道统合一的象征性事件。从此世俗君主拿走了巫史阶层的话语特权，"祀与戎"开始合一，"天子"自己成为"圣人"。早期儒家的兴起也未能扭转这一模式，直到荀况，仍然主张"大儒者，天子三公也"。

但天子并未真正取得政教合一的地位。"尊君"和"罪君"的观念几乎是同时产生的。学者张分田认为"尊君—罪君"范式，是中国专制主义政治文化与生俱来的一种内在结构[①]。所谓"君君臣臣"，就是要求"为君必君，为臣必臣"，否则就是天下乱之本也[②]。而"天下有道"、"道高于君"，则是人们评判"为君不君"的超验正义。张分田认为，"道高于君"是罪君思想进一步的政治哲学化，贯穿中国历史，融合儒道法各

---

① 张分田：《中国帝王观念——社会普遍意识中的"尊君-罪君文化范式"》，中国人民大学出版社2004年3月版，第62页。

②《国语·齐语》。

家，"构成了中国古代社会群体的政治信条和政治信仰"[1]。君王被品分为两种，有道和无道。孔子从正面提出"以道事君"的教导[2]，孟子进一步提出"天下无道，以身殉道"[3]的反面选择，荀子提出"从道不从君"的激进主张[4]。而管仲甚至主张"杀无道而立有道，仁也"的积极的反抗[5]，这种决绝的姿态，与自然法对君王权柄的审视是相似的，和教皇格里高里七世和托马斯·阿奎那基于宗教权柄认为教会或人民有权废黜皇帝的观点[6]，也惊人的相似。

秦政之后，董仲舒倡言天道打压君主，开创出一种复兴的儒道宪政主义模式。这个模式的总纲就是"屈君而伸天"[7]。随后儒道法慢慢合流，再次将"祀与戎"分开，把"祭司"的权威从皇帝那里抢了回来。从此大约两千年，尽管皇帝自命为天子，亲自主持祭祀，但皇帝的权力并没在政治哲学上僭越于由儒生职业集团所把持的具有神圣性的"道统"之上，或者没有资格与当时某位大儒、某位风范大臣争夺最高的道义形象。"祭司"的精神权威始终存在于皇宫之外，"道高于君"始终是历代帝王无法超越的一种意识形态。这一道统直到20世纪的革命中再现了"文王演《易》"的旧事，中国史上第二次出现周文王式的"君师合一"，在台海两边分别庚续出"祀与戎"

---

[1] 张分田：《中国帝王观念——社会普遍意识中的"尊君—罪君文化范式"》，中国人民大学出版社2004年3月版，第552页。

[2] 《论语·先进》。

[3] 《孟子·尽心上》。

[4] 《荀子·臣道》。

[5] 《国语·晋语三》。

[6] 参见本书第五章第二节"基督教传统"。

[7] 详细讨论请见本书第5章"天道"一节。

合流的现代意识形态政体，这才再次扭转。

中国古典政治传统的主流，一直隐含着“道与势”、“祀与戎”的两分。“君师合一”才是偶然和非常态的，是对某种古典宪政主义努力的背叛。尽管笔者所谓的“儒道宪政主义”和远古的“神权宪政主义”一样，主要指一种非制度的话语权威的模型；并未落实为一种现实的政治权力，也未针对皇权形成过制度意义上的、能与英美宪政主义相提并论的分权制衡术。但不能说儒道传统在历史上没有产生过制衡皇权的观念力量，甚至也不能说儒道宪政主义就没有丝毫制度上的积累①。

如在孟子那里，已有过以知识传统为凭借反对君上干预司法的主张。后来董仲舒以“春秋决狱”开创了后世礼法合一的路径，“春秋决狱”之于古典中国的意义，其实是堪与马歇尔法院一系列宪法判例之于美国宪政的意义相媲美的。它的主旨是“屈法以伸伦理”。以当代的目光看这是法律的泛伦理化，但在中国古典传统中这恰恰是一种专业化，是以知识与价值传统制衡君上意志的杰出努力。其中最重要的一个思路是以“孝”对抗“忠”，以私人价值对抗国家价值，以儒家伦理对抗君上的统治权。如“亲亲相隐”的原则，为近亲属豁免了作证和检举的国家义务，这显然是一个从国家的枪口下争取过来的自由传统，体现出对私人价值的珍惜②。

“礼法合一”为儒生集团逐渐取得了一种超越于朝代更迭的“祭司”身份。两千年来，儒道两家的价值传统渗透到法律

---

① 参见萧瀚对科举制的宪政意义的讨论，他认为科举制造就了传统中国的一种“名为集权，但同时兼具共和之实的政体”。萧瀚：《科举宪政制论略》，中评网，载胡晓明主编：《读经：启蒙还是蒙昧》，华东师范大学出版社2006年1月版。

② 对亲亲相隐的讨论，参见本书第五章之“屈君伸天”。

中，对君王的立法权、行政权和司法权都曾构成一些有效的制衡。只是在英美宪政主义的制度成就对照下，那些制衡技术才显出它的过分脆弱和不可靠。如学者研究清朝的刑部案例，发现刑部经常反对皇帝本人对一些案件的处理意见[1]。而刑部官员们所凭借的资源，正是"五伦定罪"的律法传统及其背后源远流长的"春秋决狱"的司法精神。

儒家传统基本上以家族而非以个人为价值本位，这与以"个人自由"为在先价值的宪政主义有天壤之别。但这不妨碍"君王与祭司"、"统治权与判断权"这一宪政主义的两分政体框架的成立，也不妨碍儒道宪政主义以私人关系对抗国家义务这一核心趋势的成立。对宪政化有着更大意义的正是这一基本模式。它使人看到中国古典政治传统中，同样蕴涵着一种与现代宪政主义的方向具有一致性的观念张力，蕴涵着一种在世俗权力和君主意志面前所积累起的知识与德性的尊严。只不过这一知识和价值的传统本身，需要放下百年来的胸中块垒，在具有普适性的人类超验价值传统面前更多的学会谦卑、顺服与更新。

转身观察英美宪政，用"祀与戎"的模式看，可称为法治传统下的"司法宪政主义"[2]。这在精神观念和政体结构上和本土的"神权宪政主义"和"儒道宪政主义"雏形也具有内在的一致性，不同的是只在英美才最终养成了立宪的制度成就和更坚实的自由价值。因此对中国来说，宪政转型的历程就是法

---

① 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社1995年版。

② 笔者所谓的"司法宪政主义"，在哈耶克那里又被称为"普通法宪政主义"。司法的理性和技艺是如何塑造立宪制度的，可参见秋风《立宪的技艺》一书，笔者高度赞赏秋风此书的主要观点，法律出版社2005年1月版。

官集团继巫史集团和儒生集团之后，最终变迁为政治制度当中制衡统治权的第三类“祭司”的历程。这三类“祭司”的共同点是除了一张嘴巴和一枝笔就一无所有。占卜、儒学和司法，分别是他们制衡“君王”和对政治进行判断所凭借的知识传统。司法宪政主义不是一种以暴制暴的政治，它的核心特征是以理性制衡暴力，以价值制衡意志，或者说以“道”制衡“势”，以“礼”制衡“戎”。归根到底，是以一种手无寸铁的力量去约束国家暴力法对大众而言，事实上是一种寡头体制。司法权是消极的和阴柔的国家权力，就如一位女性。如果其它权力有骑士风度，宪政制度的基本原则就是“Ladies first”（女士优先）

在英国宪政的发展史上，没有一个人群比普通法法官做出的贡献更大。英美的判例法和法官造法的传统，直接塑造和捍卫了共和政体，并不断打破中世纪的各种贸易垄断，发展自由的契约关系，为资本主义奠定了稳定的法治基础。康芒斯指出，“在很早以前，习惯法法院的法官们已经明确的指出了共和政体的基本原则：任何人只要能使国家致富，也允许他发家致富。但是如果他单纯的从共同的财富中榨取私人的财富，那就是不许可的”[①]。如1599年，高等法院宣布伦敦成衣商协会一项维持行业封锁的细则为非法，尽管这一行会规则得到了历代国王和历届议会的确认，但法院仍然宣称其“违反了习惯法，违反了人民的自由，违反了共和政体的精神”。在1615年

① 约翰·R·康芒斯：《资本主义的法律基础》，寿勉成译，商务印书馆2003年4月版，第290页。卡尔·N·卢埃林在其《普通法传统》（中国政法大学出版社2002年版，第12页）一书中讨论普通法所带来的长期的制度稳定性时，也列举了此书。

另一件成衣行业的案件中，一个根据亨利七世的特许成立、并得到议会确认有权制定章程的成衣工人协会，依据自己的章程取消了一名成衣工人的从业资格。法院根据习惯法“不得禁止任何人从事任何合法的行业”，否定了类似的市场准入的禁止，指出“这一切都是与习惯法和共和政体背道而驰的”。[1]

1608年，柯克法官在博纳姆案件中否定了允许医师行会惩戒医师的一项议会立法，此案是人类史上司法权凭借理性传统审查立法的开端，也被视为违宪审查制度的一个起点。柯克法官在判决中宣称：

在很多情况下习惯法可以约束议会的法案，有时并可判决其完全无效；因为当议会的法案违背公共利益和理智或不宜或不可能实行时，习惯法就可以抑制它，并宣告议会的法案无效。[2]

柯克当时提出这一“祭司”权柄的正当性基础是普通法传统，而不是立宪政体的框架。8年之后，他被国王英国詹姆斯免职，显示司法宪政主义“第一波”的失败。在美国建国初期，司法权同样是三权之中最弱的一维，被视为一种“既无钱又无剑”（汉密尔顿）的权威，不比董仲舒在汉武帝面前的知识权威高出半分。这种以柔弱胜刚强的知识传统，最终成为美国宪政的阿基米德支点，摇身变为立宪政体中最高意义上的政治权威。现实途径就是对声望的积累，对权力的自我节制，和

---

[1] 约翰·R·康芒斯：《资本主义的法律基础》，寿勉成译，商务印书馆2003年4月版，第289、291页。

[2] 约翰·R·康芒斯：《资本主义的法律基础》，寿勉成译，商务印书馆2003年4月版，第291页。对博纳姆案件的讨论，可参见小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，秋风译，北京大学出版社2005年5月版，第74页。

对一种具有神圣性的知识传统的反复依赖一旦法官在现实中滥用违宪审查权，僭越立法权的权限，就将引发各界对司法制度的猜忌，并使公众失去对法律的信赖和尊重。19世纪末以来，美国的违宪审查制度能最终确立，与“司法克制原则”（doctrine of judicial self - restraint）这一法官们立志持守的品质与传统是密不可分的[1]。在马歇尔法官做出马伯里诉麦迪逊一案的判决[2]后，司法拥有宪政最高意义上的裁判权的理论曾一度受到质疑[3]。1936年大法官斯通在一项判例中，提出了司法权在确认法律违宪性时，应受两项原则的约束：

其一，法院仅能审究制定法律的权限问题，而不能审查法律的内容是否睿智。

其二，行政部门及立法部门于违宪行使国家权力时，如应受司法的抑制，则对于法院行使国家权力的唯一牵制，应是本院法官的自我抑制意识。至于诉请将不智的法律从法典中除去，则非可由法院为之，而须诉诸选票或循民主政府的程序为之。

斯通坚持唯有法官才是“宪法的最高解释者”这一宪政主义立场。唯一可以牵制司法权力的，是法官面对宪法和法治传

---

① 程洁：《美国宪法诉讼中的可诉性检验研究》，载《宪政论丛》第4辑，法律出版社2004年6月版，第188～191页。

② 这一案件被认为开创了美国的违宪审查制度。具体案情介绍可参考李树忠等主编：《宪法教学案例》，中国政法大学出版社1999年版；任东来：《美国宪政历程——影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2004年1月版。

③ 如1832年杰克逊总统在否决咨文中指出，“国会、行政机关和法院分别受各自所理解的宪法指引，宣誓支持宪法的政务官员承诺支持宪法，但只是按照他本人，而非他人对宪法的理解。法官的意见不会比国会的意见更具有权威性，正如国会的意见不会比法官的意见更具有权威性。依此类推，总统也独立于上述两个权力部门”

统时的自我克制。司法权的自我克制与违宪审查制度，是“主权者自我约束”这一宪政主义硬币的两面，都是对在先价值和法治传统的承认和信服。

无论罗马法还是儒家教化，都曾在人类史上开创出一个知识限制民意的传统。通过知识限制民意的实质，就是逻辑约束民意、价值约束经验。尤其是罗马法的市民法，被称为“以不成文形式由法学家创造的法”[1]。在现代社会，法治及其学术传统仍然在很大程度上支配着国家的立法和司法。在大陆法系国家，因为崇尚建构理性的倾向和规范化、完美化的法典编纂传统，学术对民意的宰制体现得较为明显。法学家立法，是整个大陆法系耽于逻辑严密的理念世界和一个封闭知识系统所带来的整体特征。法学家似乎拥有了某种口含天宪的代表权柄。转型国家在以这种立法的自负为蓝本的法典移植中，往往给社会带来“法律的专制”（孟德斯鸠）和对一个自由的自生秩序的摧毁。其一，通过立法颠覆个人长期形成的合理预期[2]。其二，通过立法将大量私人事务和民事、商事活动置于非法的境地，随之造成政府“选择性执法”的腐败空间[3]。其三，私人根据一切未阐明的规则（unarticulated rule）形成的合理预期都

---

[1] 朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第96页。

[2] 参见布鲁诺·莱奥尼：《自由与法律》，秋风译，吉林人民出版社2004年版，第17～18页。莱奥尼指出，“法律越来越类似于立法机构中获胜的多数强加于少数的某种绝对命令，其结果通常是颠覆个人长期以来建立起来的预期，使其不得不建立全新的预期”，“人们晚上上床的时候根据现有的规则制定了一个计划，一觉醒来却发现，立法机构心血来潮颁布的法规却废止了该规则”。

[3] 可参考秋风：《立宪的技艺》，北京大学出版社2005年1月版，第9页。

不能得到保护，被排斥在法律化的个人自由的门外[1]。

而普通法是一种尊重惯例的法治道路，尊重惯例的意思是捍卫每个人的合理预期。一个人的合理预期就是这个人的权利。换言之自由主义的具体技术就是尊重惯例的法治观。所谓惯例“就是人们根据过去的经验去策划未来的那种常识的行动，而契约本身就是惯例，惯例的约束力量就在于对预期的保证”[2]。过去发生的事或承诺将要发生的事，有权基于我们的预期而发生。使这一预期落空的一切人应当受到惩罚。在这种法律观下，除了邻居，一个国家的立法者和执法者都是最可能被惩罚的人。法律的确定性，不在于法律本身是否成文，在于每个人在既定的法律秩序和正当的个人行为中所形成的那些预期是否具有确定性。从英国的柯克、布莱克斯通到美国的詹姆斯·C·卡特，显出一种与宪政主义相吻合的保守主义的法律立场。法律不是被制造的，而是被发现的。法律不是上对下的命令，“法律存在于人民的惯例中”，法律“是从公正的社会准则，或从产生这种准则的习惯和惯例中产生的规则”[3]。支持和延续一种习惯不需要举证，否定一种习惯或事实需要举证。因为“普通法法官的主要关注点，必定是一项交易中的各方当事人所可能合理形成的那些预期，意即当事人根据一个不断展开

---

[1] 参见哈耶克：《法律、立法和自由》第一卷，第四章《变化中的法律概念》，邓正来译，中国大百科全书出版社2001年版。

[2] 约翰·R·康芒斯：《资本主义的法律基础》，商务印书馆2003年4月版，第382页。

[3] 詹姆斯·C·卡特：《法律的产生、发展和作用》，1907年版，转引自约翰·R·康芒斯：《资本主义的法律基础》，商务印书馆2003年4月版，第379页。

的行动秩序所赖以为基础的一般性惯例而形成的那些预期"[1]。这种法律观正是法律制度的确定性的保障[2]。而成文意味着反复的成文，换言之"成文"几乎就是"修改"的同义词。因为崇尚成文法规的精确无误，甚至迫不及待地通过不断的立法调试去适应瞬息万变的现实，而不顾一部分个人在这种立法调试中因预期被颠覆而丧失的利益。在这种立法崇拜下，那种"尽可能允许个人根据几个世纪、数代人形成的一整套规则制订计划的"，由"民众自发采行，而由法官揭示出来的"法律的长期的确定性[3]，被替代和遮蔽了。

在这样的普通法的立宪主义道路中，除了一件具体案件中坐在法官席上的那个人，还有谁更有资格在与当事人相关的一项法律和当事人的一项预期之间作裁判呢？法官的裁判高于立法者的意志，不是因为法官本人高于立法者，而是一个当事人的合理预期高于任何人的立法。因此在英美普通法传统中，限制民意和防止预期被颠覆的重心，就从法学家和立法者移到了法官，也从静态的立法学移到了司法的技艺理性（柯克）的积累。法官成为了共和政体下的祭司，和每个人的预期的捍卫者。因此麦基文将从法官们的判例发展出来的普通法法治，视为"中世纪宪政"的主要成就[4]。

---

[1] 布鲁诺·莱奥尼：《自由与法律》，秋风译，吉林人民出版社2004年版，第16页。

[2] 可参见秋风：《立宪的技艺》，北京大学出版社2005年1月版，第15～21页。秋风主要引用莱奥尼的思路，对普通法与成文法的确定性问题，进行了更详细的讨论。

[3] 布鲁诺·莱奥尼：《自由与法律》，秋风译，吉林人民出版社2004年版，第18页。

[4] C·H·麦基文：《宪政古今》，翟小波译，贵州人民出版社2004年版，第56页。

一个有意思的对比是，在完成笼罩整个世界的自负的立法工程后，多数唯理主义和法律实证主义的学者如霍布斯、奥斯丁等，并不强调甚至反对属于法官的知识传统。英美法恰好相反，认为"法官的使命是一种智识的使命"（哈耶克）。柯克更将司法视为"最高的理性"。普通法的经验主义特征在立法环节为民意留下足够的空间，技艺理性的积累又在司法环节为共和主义的精英立场创造出一个修复和看守机制，为法律制度和宪政制度的"自生演进秩序"提供了可能。

3. 宪政与乌托邦

从词根上看，宪法的英文（constitution）来源于拉丁文 constitutio，但它的现代含义只是在英文术语的演进中获得的，准确说是在 1776～1787 年的美国才"真正获得其基础和确切含义"的[1]。随后法国人从费城会议那里接受了"宪法"这一崭新的概念，并在 1789 年的《人权宣言》中写下了如此简洁而掷地有声的句子：

凡是各项个人权利未得到可靠保障，权力没有分离的社会，都不存在宪政体制[2]。

不过美国独立战争时期的高歌猛进，显然比后面制宪过程的冗长无趣和商人般的吵闹对法国革命的影响更大。在反复的

① 萨利托：《宪政疏议》，载《市场逻辑与国家观念》，三联书店 1995 年版，第 113 页。

② 《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》，江苏人民出版社 2002 年版，第 345 页。

革命与变乱，在极权民主与开明专制颠来倒去的尝试中，以贡斯当为代表的立宪主义者成为不被历史和民众瞩目的少数派。在法国，贡斯当是卢梭思想的主要批评者，他在1815年发表《宪政政治大纲》，主张英国式虚君立宪的宪政道路，但他的思想魅力显然敌不过卢梭的人民主权思想，充满对理性与权力的怀疑论和对人性幽黯意识的宪政思想，一种如同英国人紧闭的上嘴唇一样温和节制的气质，也显然敌不过某种整全性社会革命的宏图。尽管最后历经折腾，法国最终还是确立了某种宪政体制，但很大程度上以美国革命为榜样的法国革命，的确是一次失败的立宪尝试。因此美国学者戈登在《西方宪政的历史》一书中，从头到尾不提法国革命。

有时候，偶然的历史事件往往具有某种不可言喻的象征意义。如1730年孟德斯鸠访问英格兰，随后根据他对英国宪制"不准确的了解"，在《论法的精神》中提出了著名的三权分立的制衡学说（checks and balances），成为现代宪政主义的核心思想。又如1766年，55岁的英国哲学家休谟成为他那个时代最著名的人物，他承接洛克对财产权原则的强调、对法治原则的阐述以及他独特的经验主义的怀疑论，都成为英美式宪政主义最主要的思想源泉之一。这一年，他将同样55岁、同样著名但穷困潦倒的卢梭从法国带到了英国。哈耶克曾将他们的相遇称为"人类思想发展史上最具戏剧性的事件之一"。可料想，不久后他们就在争吵中不欢而散。但不可料想的是，从此近两百年的时间，全世界竟分别在宪政与革命、休谟与卢梭的两条道路上奔走。而卢梭的思想几乎一度主宰了大半个地球。他的唯理主义色彩的"人民主权"理论，遮蔽了休谟"法律下的自由（freedom under the law）"的个人权利在先，在几乎全球范围内"指导人们一步一步的迈上了全权主义民主（totalitarian

democracy）的道路"[1]，成为人类政治史上继君主制之后，最成功的偶像崇拜的政体理论。

回顾这样的宪政史，有人便把宪政和革命视为启蒙运动的两大遗产。在这样的进路下，可以把宪政理解为人类摆脱传统君主制或其它专制政体的两条可能的道路之一。一条是"民粹主义的道路"，把主权象征性地和整个性地转交给人民，并把抽象的人民在意识形态上捧为新的偶像。这种来自抽象概念的纯粹性藐视整个传统，也藐视身在传统之中的每一个有血肉的个人。因此多半会导致一条激进的革命以及不断革命的方向。另一条是宪政主义的道路，主张对主权加以法律化的限制[2]，使主权破碎，成为残缺的、自我约束的主权观。它关心的是权力的范围、限度和性质，而不仅仅是权力握在谁的手中。它区分政治制度和市民社会的二元化，并在权利在先的前提下承认国家权力的消极性，因此避免了社会革命的乌托邦道路。如果说全权民主的流行口号是"一切权力归人民"，那么宪政主义的口号就是"一切权力不归任何人"[3]。

然而，由法国大革命鼓舞出的革命激情和百年来遍布四海之内的政体实践，却是温和的宪政主义无法与之匹敌的。新共和主义学者阿伦特指出，在思想史的影响力上，法国大革命非常成功，而美国独立战争则微乎其微。这是令人丧气但却是准确的观察。但这种思想史的倾向在近二十年来已有很大改观，

① 哈耶克：《大卫·休谟的法律哲学和政治哲学》，载《宪政主义与现代国家》，三联书店2003年版，第368页。

② 卡罗尔·爱德华·索乌坦：《一般的宪政论》，载《新宪政论》，三联书店1997年版，第112页。

③ 卡罗尔·爱德华·索乌坦：《一般的宪政论》，载《新宪政论》，三联书店1997年版，第107页。

尤其在革命传统势微、市场秩序逐步生长的转型国家，人们对那些距离自己最近的个人权益投注了最大的计较和关心，这种关心也在价值观的转换中获得了理直气壮的正当性。于是宪政主义的复兴，重新成为在不可预测的、非法治的政治秩序下挣扎的人们抬起头来的理想。洛克、孟德斯鸠、麦迪逊和哈耶克，这些谨小慎微的思想者的并不浪漫也不刺激的思想和主张，重新成为影响学术研究的另一个乌托邦。一个最小化的、不依赖更多的强制而有希望实现的政法秩序的乌托邦。

之所以说这样的宪政理想仍然是乌托邦，因为宪政是一种能够实现但永无可能完美的政法制度；因为对自由生活的渴望同样是宪政主义能激发人们适可而止的热情的动力；也因为要在学术上、更在制度和民情上去战胜那些反宪政主义的观念，需要与一切革命者同等分量的勇气和更加恒久忍耐的信心。宪政主义反对以暴力革命的方式去建构某种理想化的社会秩序，但西方的宪政主义者从来并不反对以积极建构的方式去谋求政法秩序的宪政化。宪政主义反对对市场自生秩序和个人权利的过多强制，但多数学者也并不认为一种宪政制度是不能通过强制手段去促成的。很多第三世界宪政转型国家的经验表明，宪政主义并不一概地反对强制和建构，关键在于强制的方向和范围。在那些成功转型的国家，宪政不是通过对个人和对全社会的强制来建构的，但往往是通过对权力和对强权者的强制来建构的。

在宪政制度的强制变迁过程中，民间社会及其交易秩序是划在一边被保护起来的，这体现了宪政主义诉求的本质。使用一个不太准确的比喻，宪政化的制度转型仿佛是一场政治领域内的“决斗”或拳击赛，老百姓可以一边喝茶一看观看，激动起来也不妨偶尔下场。但拳击台有一个明确的边框，外面的唾

沫可以溅到里面去，里面的拳头不会飞到外面来。以美国立宪为例，从1776年开始，整个美国革命和之后的立宪时期，也有一些人被私下杀死，一些人的财产被没收，但整个北美在二十几年当中，没有发生过一起被判处死刑的政治审判[1]。

简洁地说，宪政主义绝不是"反革命"，宪政主义反对"社会革命"。尤其是以暴力手段进行的社会革命。法国革命的最可怕就在于它没有一个围起来的拳击台，因为没有个人自由的在先性就没有任何围杆。圣鞠斯特曾说，"在人民和敌人之间，除了断头台就没有别的"[2]。当时托克维尔把这样的革命信仰称为"人类精神中最单一、最活跃、最具感染力的病毒"，他这样写道：

我带着一种恐怖的心态认识到，民众所要求的是对国家整个法律和风俗习惯的同时和系统性的废除，我知道，这是世界上曾经发生过的最危险的革命。

宪政剔除了社会革命，但在追求一个"有限政府"的目标上，观察宪政史就会发现，多数宪政主义者同样是积极的"立宪主义"者和热情的理想主义者。尤其在一些身处反自由的价值传统和政治现实中，宪政体现了人类源远流长的乌托邦传统中一种共同的精神，即对一种高于现实的更美好的自由生活的渴望。宪政只是用"自由"或个人权利的在先性给了所谓"美好"生活一个明确和清醒的下限，就像用"权利"这个概念给了"正义"一个清楚的度量衡。宪政理论只是坚持认为离开了

[1] 苏珊·邓恩：《姊妹革命：美国革命与法国革命启示录》，杨小刚译，上海文艺出版社2003年版，第105页。

[2] 苏珊·邓恩：《姊妹革命：美国革命与法国革命启示录》，杨小刚译，上海文艺出版社2003年版，第102页。

自由和权利的在先，"美好"和"正义"云云就会成为空洞无物的箩筐。这个箩筐里面的乌托邦道路就是漫无边际的，一旦取消了用绳子围起来的拳击台，太阳底下就没有市场只有战场。这样的乌托邦就沦为反自由的乌托邦。但宪政主义并非像许多人误解的那样，是对广义上的乌托邦精神的弃绝，恰恰相反，它是以一个最小化的乌托邦去反对一个最大化的乌托邦。

因此在1949年，对自由宪政依然充满信心的哈耶克，写下了如此激动人心的句子：

> 我们必须再一次将建设自由社会的努力视为一场知识上的冒险，一场需要勇气的事业。我们所缺乏的乃是一个自由主义的乌托邦，一份行动纲领。它既不是单纯的维护现状，也不是某种淡化了的社会主义，而是某种名副其实的自由主义激进纲领。真正的自由主义者必须从传统社会主义的成功中学到一个重要经验，那就是他们成为乌托邦分子的勇气。正是这种勇气，使他们得到了知识分子的支持，他们因此而对公众舆论产生了影响。而这种舆论在使那些目前看去遥不可及的事情，一天比一天更接近于变成现实[1]。

4. 宪政的第三波

立宪主义的脉络，可大概分为三个阶段。一是以英国虚君共和为代表的古典宪政主义，以1215年贵族们迫使国王签订《自由大宪章》和几十年后的议会产生为发轫。1688年"光荣

---

[1] 艾伯斯坦：《哈耶克传》，秋风译，中国社会科学出版社2003年版，第270页

革命”和一年后威廉国王接受确认议会至高无上原则的《权利法案》，则是一个承上启下的标志。二是以美国民主共和为代表的现代宪政主义，以美国宪法及随后前十条修正案的颁布为高峰。尽管大致说来前者具有改良主义和渐进主义的特点，有着漫长的历史演进，而后者在立宪上有激进和强制性立序的革命色彩。但这种区别并非表面看去那么鲜明，因为英美宪政道路的共同点是同样拥有自由主义的启蒙传统和一脉相承的法治模式。这使立宪在本质上都是一种改良的和顺水推舟的自发演进。这和后来非西方国家的宪政转型就有本质的差别。

在某种专制主义政治传统下的宪政化，即使最后的立宪是一个温和的休止符，但整个宪政转型本质上都是革命性的。“革命性的宪政主义”正是立宪主义史的第三个阶段。这里“革命性”的含义，是指宪政转型所完成的对制度传统和价值传统的颠覆和更新，不是指制度转型必须使用暴力革命手段。非西方国家的宪政化基本上从20世纪后半叶开始，较成功的例子如日本和晚近的韩国。如何在某种专制主义传统下实现“革命性的宪政主义”转型，这是宪政主义在第三阶段面临的课题。按美国学者亨廷顿的说法，全世界“民主化的第三波”已接近尾声，大多数非西方国家业已完成某种模式的民主化。但是，大多数民主化的非西方国家却还没有完成“宪政化”。在民主转型国家，我们仍然到处可见某种民主框架下的“无限政府”或一个民选的独裁者，甚至看到动荡的政局和频繁的军事政变。因为君王的除魅是不可逆的，民主制度的一旦确立可能与一场暴力革命息息相关，并容易得到民粹主义和民族主义的观念支持。但以普选制度为标志的政府民主化完成后，以“有限政府”为诉求的宪政主义要在颠覆性的制度变迁中站稳脚跟，却可能受制于更复杂的要素

民主的第三波接近了尾声，"宪政主义的第三波"却还在拉开长达半个世纪的冗长序幕。基本上，古典宪政主义和现代宪政主义的已有成就，主要为后进国家提供了成熟的宪政理论模型和制度技术，但不可能更多地提供转型的路径。立什么样的宪，这是具有普适性的宪政科学要回答的问题，但怎样走向"立宪"，对每个后进国家来说甚至都是一个全新和特殊的学术旷野。宪政的第三波，亟需新的宪政主义理论的发展。宪政的革命性或制度转型的强制建构问题，就是其中之一。这方面，圣雄甘地大力推动的非暴力社会运动，是后进国家一种具有创新价值的立宪道路。美国学者爱德华·索乌坦把这种道路称之为自我限制的"宪政化的革命"，或"革命的宪政化"。这里的"革命"也并没有暴力革命的狭窄含义，仅仅代表一种比传统宪政主义更加积极的谋求立宪的思考和实践方式。索乌坦认为这种方式的出现是"在政治上扩展宪政传统的最具戏剧性的步骤"，他慷慨大方地将之称赞为"20世纪的政治献给未来世世代代的最伟大的赠礼"[1]。

---

[1] 〔美〕卡罗尔·爱德华·索乌坦：《一般的宪政论》，载《新宪政论》，三联书店1997年版，第96页。

第二章

宪政的共和遗产

共和国是人民的财产。

——西塞罗《论共和国》

原始的国家，必定有共和的性质。

——柏洛汉姆《国家哲学》[1]

1．什么是“共和”？

在亚洲，中国是第一个建立起共和制的国家。“共和”的基本含义是共有和共治[2]。古希腊的共和国概念“res publica”，

---

[1] 美浓部达吉：《宪法学原理》，欧宗祐等译，中国政法大学出版社2003年7月版，第126页。

[2] 在汉语学界，刘军宁在90年代中期提出了对共和的讨论，见刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年12月版。王天成的《四论共和国》系列，对共和主义和宪政主义的关系做出了汉语学界迄今为止最成熟的表述。崔卫

在英文中被翻译为“common wealth”，表面意思就是共同的财富。如果用民法中的财产权概念来解释，一个共和国就是至少二人以上共同享有的一项共有财产。“共”到什么程度各不相同，用孟德斯鸠的定义说，“共和政体是全体人民或至少是一部分人民握有最高权力的政体”。再确切一点，这个“一部分人民”应当是不归属于同一阶层、同一群体的不特定人群。“共和”在历史上首先是与君主制相对应的一个政治概念。共和最起码的底线是不能由一个人、一个家族、一个组织去独占最高的公共权力。共和意味着对各种“家天下”、“私天下”的否定，是对“以天下奉一人”的反对。马基雅维利在他著名的《君主论》一书中，一开头是这样说的[1]：

从古至今，统治人类的一切国家，一切政权，不是共和国就是君主国。

西周时，周厉王施行暴政被民众赶跑，周公和召公二人共同执政，年号称为“共和”。尽管事实上那不过是一种寡头体制，但俗语说天无二日，国无二君，两人共同执政这个事实，也曾在中国史上空前绝后的突破过君主制的概念。真正的共和

（接上页注释）平等人对东欧的共和主义传统也作了大量译介。参见许纪霖主编：《共和、社群与公民》，江苏人民出版社2004年1月版，其中探讨了波考克、斯金纳等人的新共和主义理论。阿克曼：《我们人民：宪法的根基》和《我们人民：宪法变革的原动力》，法律出版社2004年4月版和2003年4月版，这是阿克曼《宪政三部曲》的其中两部，阿克曼提出了一种共和主义的宪法学理论。2005年9月，人民出版社出版的署名周叶中的《共和主义的宪政解读》一书，是国内第一本共和主义的专著，但作者大量的缺注引用刘军宁、王天成、崔卫平、李强等人对共和主义的论述，在学术思路上基本放弃了从共和主义到宪政主义的递进，反以古典共和主义的“阶级共和”和混合政体的特征，为宪政主义提供附从性的诠释。

[1] 马斯泰罗内：《欧洲政治思想史：从15世纪到20世纪》，黄华光译，社会科学文献出版社1998年7月版，第18页。

传统，诞生在古希腊的城邦国家。一开始，古希腊一些城邦就没有过君主，国家权力在各种制度安排下被分散在一个或大或小的群体手上。有的涵盖了下层民众，称为“民主制”，如雅典。有的基本上限于少数上层精英，称为“贵族制”，如斯巴达。但古希腊和早期古罗马的“共和”还只是一种原始的、古典的和初级的共和，还没有与17、18世纪以后风行的宪政及民主制度结合起来。

一方面，每个人都享有平等的参与共有、共治的政治权利，并通过选举行使这种权利的民主理念，在古希腊尚处于朦胧状态。如雅典一般被当作古典民主制度的典范，但它有权参与政治的“公民”只占全部人口的极少数，这和现代意义上的民主理念相去较远。雅典公民的政治参与，是在“共和”概念下对城邦在征战和竞争中获得利益和荣耀的一种分享，而不是在“民主”概念下对于人格平等和个体权利的确认。恰好相反，在雅典，作为一种“共同财富”的城邦的整体利益和无上荣耀，是高于任何个人的。这种价值上的序列正是古典共和主义的重要特征。且对近代之后出现的绝对主权观念和各种卢梭式的“公意”高于一切私意的政治理论，有着千年之后隔山打牛的思想传承。

另一方面，对国家权力进行分权制衡的宪政观念当时也还没有萌发。尽管事实上古希腊共和国已经有了政治权力由几个分离的机构共同治理的各种政制模式。如以现代“三权分立”的模式去观察，在古希腊虽然司法权力还没有完全独立出来，但行政权与立法权在机构上的分离已经很明显。以斯巴达为例，它的政体据说是由伟大的“立法者”莱克格勒确立的，甚至比雅典的梭伦改革更早。斯巴达有四个主要的机构及其职权上的分离：

终身国王（两名）：从最富有的家族中选出，主持会议和祭祀，负责对外作战。

议事会（28人，年满60的贵族）：立法和决策机关，监督国王。

公民大会（有权持有器皿的全体成年男性）：选举官员，批准元老院的提案。

委员会（五名）：行政长官，从所有公民中公开选拔，任期一年。

乍一看，这种权力机构与现代宪政国家的分权制衡模式外表很相似。但出发点殊为不同。前者是"共和"观念下的权力分享，它代表一种上层社会各集团和社会各阶级之间共有和协作的政治模式。这种积极的分享本质上出自一种骄傲，里面洋溢着对城邦整体性的膜拜和对共同体的信仰。后者是"宪政"观念下的权力制衡，它暗示了对权力、对政治国家作为"必不可少的恶"在整体上的警惕和怀疑，并预设了个人自由在先于国家（城邦）的价值序列。在政治哲学上，分权制衡理论是消极的和防御性的。为什么宪政制度主要是从英美国家的历史经验中生长出来的，原因之一就是因为在欧陆的哲学氛围中，这种对国家的怀疑和防御性立场一直是犹豫的。以致欧陆的政治哲学的主流，总是停留在国家主义的理论本位上[1]。

类似斯巴达这种机构上的分离因为缺乏制衡理论的观念支撑，在宪政主义出现之前并没能形成一种稳定的制度传统。譬如后来在中世纪，当意大利重新出现城邦共和国时，它们的行政权和立法权就是高度结合的。孟德斯鸠发现，因为这种权能的高度集中，共和制就失去了比君主制更优越的地方。在这样

[1] 参见本书第4章对社会契约论的讨论，和第6章对分权理论的讨论。

的共和国里个人自由反而比君主国还少[1]。他通过对英国宪制的研究，提出了"三权分立"的分权制衡学说，孟德斯鸠认为，在英国，通过代议制度的发展实现了权力之间的分立制衡和虚君共和，因此英国实际上成为了第一个现代意义上的共和国，一个"裹着君主制外衣的共和国"。分权学说是宪政思想形成的一个关键，它意味着古典共和主义"分享权力"式的政制模式，向着宪政主义"限制权力"式的政制模式转变。

古典共和主义还具有较强的贵族精神和精英化的自由传统，非常强调公共美德对于共和国的重要性。也强调公共政治生活对于个人自由的极端重要。用亚里士多德的话说，就是"人是政治的动物"。因此共和主义也强调民主化的政治参与，这种参与首先是进攻性的，不是防御性的。民主参与的意图是分沾共同体的荣光，不是去制衡权力，更不是为权力提供正当性的依据。这种参与政治生活、享受政治生活的共和主义传统，在很大程度上影响了近代以卢梭和马克思为代表的各种直接民主的理想，这些理想追求一种尽量让民众直接参与政治决策的制度设计。

2. 混合均衡政体

在古希腊，国家的纯粹形式被认为有三种，即一个人统治的君主制、少数人统治的贵族制和多数人统治的民主制。这并不是简单以人数多寡进行划分，而是以君王、贵族和平民这三种社会阶层的政治参与程度作为判断标准。主权者人数的多寡

[1] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版。

只是三种社会阶层格局的一种参照而已。远在历史学家希罗多德的时代，混合这三种政体的思想就已经广为人知。希罗多德认为某种混合形式才是最佳的统治形式。此后柏拉图、亚里士多德和西塞罗等人都曾称赞过混合政体。其中亚里士多德的混合政体思想较为突出，他说："凡能包含较多因素的总是较完善的政体"。后来中世纪的神学家托马斯·阿奎那继承了混合政体的思想，成为中世纪"教会宪政"（constitution for the church）的一种重要的思想资源。阿奎那说，"一种由这些政体（指君主制、贵族制、民主制和僭主制）混合成的政体就是最好的政体"。因此"宪法应该将一种受节制的和选举的君主制与贤明的贵族制，以及允许所有阶级经民众选举担任公职的民主制结合起来"①。

混合政体是古典共和主义的一项政治遗产，也是宪政主义分权制衡理论产生的一个重要背景。"混合"的意思是各社会阶层对权力的分配。用亚里士多德的话说，"共和政体的本旨只是混合贫富"。虽然各阶层的混合参政，已经暗含了各阶层相互制衡的意思。而且到了后期的古罗马共和国，西塞罗等人的思想中也的确出现了限制行政权力和分权的一些苗头。但在共和主义高度推崇共同体和政治生活高尚价值的背景下，对权力的某种悲观看法，以及基督教精神之下对政权世俗性质的认识和对人性幽黯一面的负罪感，都还没有出现。各阶层之间的相互协调，没有能够进一步发展成为权力之间的相互制衡，更不可能在政治哲学上向着一种低调的国家观着陆。

混合政体思想最杰出的地方，也是后来被宪政思想所吸纳

① 转引自阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第62页。

的部分，集中在“均衡”的观念上。但混合政体以阶层的划分为基础来实现政治权力的均衡，这在本质上只是一种关心权力如何“分赃”的均衡。它的初衷是通过兼顾和包容君上、贵族和平民各阶层的权益，使政治因为能够得到各阶层的支持而更富有效率或至少不被推翻。它关心的是权力的分配问题，不是权力的边界问题。在混合政体思想中，还看不到国家权力是有边界的观念。

仍以斯巴达为例。从上面列出的它的国家权力结构看，它的混合政体特征非常充足。表面上和雅典或古罗马共和国并没有多大差别，甚至和今天多数宪政国家的国家权力架构也颇为神似。人们通常也把它当作混合政体的一个典范。但斯巴达同时却被历史学家普遍视为一个极权主义国家。它的公民几乎都是以军团的形式组织起来的。它的法律如同独裁者的权力一样，可以毫无限制地延伸到每个家庭、每个人最隐私的领域去。反过来，孟德斯鸠批评的那些“自由比君主国还少”的中世纪城邦如佛罗伦萨、威尼斯，也恰恰都是典型的混合政体。可见仅仅停留于“共有共享”的古典共和概念，仅仅关心权力的多元化分配的混合政体思想，对自由来说是远远不够的。一个兼顾了各阶层权益的政体，仍然可能是一个极权主义的、与自由为敌的国家。因为无论是被归属在城邦还是被归属在阶级当中，个人的权利本位始终没被突出来，个人的地位永远在团体之中且永远低于团体。

相反，宪政主义的价值预设是个人自由在先于任何世俗的共同体。这种立场与古典共和主义的传统泾渭分明。一种个人主义的和自由主义的价值观，要等到古希伯莱的基督教传统与古罗马的私法传统相遇后，才有机会得以确立。宪政主义与共和主义的区别是，宪政不是通过对社会阶层的划分和混合去实

现均衡。那在本质上是一种权谋上的妥协，而非制度上的衡平。况且在一个实现了“从身份到契约”转变的现代市场社会，阶层之间高度流动，以阶层划分或所谓“功能组别”为基础而实现的政治均衡只可能昙花一现。针对权力本身，而不是针对执掌权力的人，这才是分权理论的起点。在分权理论那里，古典的阶层混合变成了近代的三权分立，但混合政体思想中的“均衡”观念保留下来，成为共和主义对宪政的一大贡献。

3．牛顿天体力学和道家思想

牛顿天体力学的出现是自然科学的一场革命，它的影响远远超出自然科学论域。牛顿所发现的物理学的世界，至少在两个方面对现代立宪主义的观念拓展有启发和印证的影响。

一是自然法传统的复兴上。自然法传统是宪政的另一个重要思想源泉。源自古希腊的斯多噶学派和古罗马的西塞罗等人，经过千年的沉寂和托马斯·阿奎那等中世纪神学家的传承，在17、18世纪重新获得显赫的声誉。这种复兴按照美国宪法学家考文的看法，主要应该归功于格劳秀斯和牛顿两个人[1]。牛顿发现促使苹果掉在地上的力量，和行星沿着轨道运行的力量是同一种力量。这让人们认识到宇宙当中弥漫着一种自然正确（natural right）的理性。苹果为什么会掉到地上？这背后并没有爱憎褒贬的意志，这种自然的力量不会考虑苹果掉下是否

[1] 参见爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店1997年版。

合乎道德，掉下来会不会砸到人？这就和格劳秀斯说“二加二等于四”是上帝也不会去改变的法则一样是绝对和无偏私的。如果用老子的话解释，牛顿物理学对于近代政治哲学的主要贡献是验证了“天地不仁”这四个字。“不仁”的意思是无所谓仁与不仁，苹果掉下来砸到人不是“不仁”，没砸到人也不是“仁”，不过是任其自然的理性使然。

在中国道家尤其是老子的政治哲学中，包含着和基督教信仰相似的一种对人性的幽黯意识。和产生于自然法传统和基督教背景下的西方宪政思想也有许多暗合之处[1]。如老子“无为而治”的思想曾被普遍认为和自由主义的经济学和政治学相通，有人曾以“治大国如烹小鲜”与亚当·斯密的“管得最少的政府是最好的政府”相互印证。坚持新自由主义政策的里根在就任美国总统的演说中，也曾引用老子这句名言。有西方学者因此把中国的市场化与宪政转型，称之为“市场道家”[2]。此外，“天地不仁”和“抱残守缺”的概念，也和自然法传统和将立宪政府视为必不可少的恶的政治思想有神似的地方，都具有反人间乌托邦的特征。宪政本质上就是一种“守缺”的政

---

① 参见杨鹏等人对道家思想与宪政的解读（2005）。参见本书第5章对大道的讨论。

② 参见James·A·Dorn：《财产权在自由宪政秩序之本：中国应该汲取的经验教训》，宪政论衡网站www.xianzheng.net。Dorn认为中国的自由宪政应该是一个“市场道家”的方向，他提出这个转型过程，必须牢记5条应当镂之金石的启示，一是“私人财产权、自由和正义是不可分割的”，二是“正义要求将政府限定在保护人身和财产的范围内”，三是“将使用暴力捍卫生命、自由和财产的范围最小化，促使自由最大化，并创造出某种自发性的市场自由主义秩序”，四是“私人性自由市场不仅仅是道德的，也能创造财富，因为它能激励人们发现做事情的新方法，能增加选项的范围”，五是“最好的政府乃是遵循法治原则和无为原则的政府”。他认为这些是对今日中国的挑战，也是香港自由宪政秩序留下的遗产。

治哲学，它承认人性、权力和世俗政治生活的“残缺”，从而把希望放在制度对权力的限制上，并不对政治生活的道德目标和制度的完美抱有过分的梦想。而把对圣洁生活和自由实体的追求留给一个非政治的私人领域和与政治相分离的宗教领域。这就与各种推崇共同体绝对价值、企图通过世俗政治追求历史目的的乌托邦道路背道而驰，也与古典的共和主义传统相反。

此外，老子阴阳平衡的辩证思想，也和混合政体中的均衡观念及牛顿天体力学中的一种非中心化的均衡观有接近之处。如果说在中国传统社会，儒家代表着“推崇共同体绝对价值、企图通过世俗政治追求历史目的的乌托邦道路”，那么道家的政治思想尽管并没有在现实中彻底撼动儒家的道德理想国，但其功用和西方宪政主义在萌芽阶段是比较类似的，它起到了对大一统权力立场的质疑和对通过政治追求美德的否定。可惜到庄子之后，道家思想因过于高蹈而基本舍弃了政治哲学的维度，致力于个人主义的精神自由的张扬。个体性成为一桩与公共领域无关的事，哲学也成为与政治无关的事。这样精神世界中的个体性与现实政治中的公共权力一样，都是自给自足、“自有永有”[1]的存在。都如庄子《逍遥游》所设想的境界那样，是“无所待的”。一面是无所待的公共权力，一面是无所

---

[1] 《旧约·出埃及记》第3章，摩西问耶和华神的名，耶和华神回答，“我是自有永有者”（I AM WHO' S I AM）。自有永有就是“无所待”，其存在的理由完全由自身提供，不依赖于其他事物。在一神论下，这是造物的本质，没有被造物是自有永有的。而在无神论或泛神论下，一切事物都是自有永有的。换言之一切人与物都是“神”。笛卡尔说“我思，故我在”，意思就是，我是我自己的发现者，我是我自己的“道路、真理和生命”，我的主体性是自我给定的，在观念史上可以看到，后者不可能在政治哲学上，导出宪政主义的立场，相反只可能导出诸种国家主义的立场。因为国家不过是个人意欲的放大，在康德那里，就成了“国家思，故国家在”。

待的个体自由，成为庄子政治哲学中最大的一处断裂。权力无所待就成为暴政，个体无所待就成为暴民。这一对政治哲学维度的弃绝是致命的，它使道家的个人主义精神飘零在政治之外，离开了政治领域的道家的个人自由成为政治上的孤魂野鬼，不能给中国的专制主义政治文化提供更多的解毒效果和制衡的观念基础。要么是专制，要么是"逍遥"，中间十万八千里，老死不相往来[1]。这一制度史上的荒凉是非常令人惋惜的。

天地不仁，以万物为刍狗。圣人不仁，以百姓为刍狗。

天下神器，不可为也。为者败之，执者失之。

民之难治，以其上之有为，是以难治。

无为而无不为。取天下常以无事，及其有事，不足以取天下。

万物负阴而抱阳，冲气以为和。

——《老子》

牛顿物理世界的第二个政治哲学价值是它的均衡观念。均衡观念造成的一个结果是权威的非中心化，这也是以后黑格尔、卢梭等人反对分权制衡的重要原因，他们认为这会造成国家主权的破碎，没有一个中心和等级序列上的至高无上者，就等于没有了统一的"国家"。当"国家"被当作一个形而上的概念时，这样的担心是有道理的。一切反宪政的国家主义和极权主义的政体思想都不能容忍这样的破碎。这种观点在关于联邦主义的争论中也能看到。因为三权分立是横向上的非中心化，而联邦主义则是纵向上的非中心化。

[1] 可参考刘小枫：《拯救与逍遥》，上海三联书店1986年版。

和某种权力集中化、中心化的思想比较类似的物理世界，是哥白尼推翻托勒密“地心说”后创立的“日心说”的物理模式。这个模式的特点是存在一个不容置疑的、也不可制衡的中心。哥白尼只是用太阳替代了地球，太阳是世界的中心，所有行星围着它转。这一表面景象和政治上的集权体制的确很相似，所以太阳总是被拿来比喻集权体制下的领袖，如法国的路易十四自称为“太阳王”。但牛顿打破了这种目的论的宇宙观，在他的天体力学的概念中，没有任何形而上的“中心”。太阳和其它行星一样，以各自的由其质量和相互距离所决定的万有引力相互影响，形成一个均衡的秩序。太阳的“固定性”是相对而言的，太阳不是凭借自己的无上力量，而是和其它行星的力量一起达成了一种均衡。换言之，行星围着太阳转这个事实和苹果掉到地上一样是“天地不仁”的。万有引力是被给定的，不是太阳自身的。太阳不是一个“自有永有者”，它并没有任何道德和历史的目的，道德和历史的目标都在万有引力的背后。在牛顿的世界中，太阳系的秩序只是一种非中心、非形而上的和世俗的秩序①。

引申到政体史上，牛顿力学的启发是，分权和集权并不是国家主权是否统一并富有效率的标准，分权不意味着失去统一和力量，集权也不一定意味着政治的稳定。重要的是结构上的均衡，而均衡往往是在多元的力量下才能达成的。不是一种至高无上的威权，而是多元的力量才构成了均衡，才将是秩序、稳定和效率的来源。

---

① 到爱因斯坦及其之后，现代物理学对宇宙的理解，更加接近宪政主义式的，而不是国家主义式的。

4．美德与政治共同体

古典共和主义是一种集体主义价值取向的政治思想，这与中国儒家传统的政治实践也有类似的地方。在希腊先贤的论述中，“共和国”并非一个世俗意义上的政权，不像在自由宪政主义传统中那样仅仅具有制度的意义，仅仅只是公民自由的捍卫者。在希腊，“共和国”是一个负载了伟大道德抱负的共同体，并追求归于城邦的神圣荣耀。这一抱负当然是集体主义的，要保证这种抱负的集体主义性质，就必须反复强调公民的美德。在这种强调中，个人的面目和地位开始变得模糊。如亚里士多德所说：

> 城邦虽在发生程序上后于个人和家庭，在本质上则先于个人和家庭。就其本性说，全体必然先于部分我们确认自然生成的城邦先于个人，就因为每一隔离的个人都不足以自给其生活，必然共同集合于城邦这一整体。凡隔离而自外于城邦的人——或是为世俗被鄙弃而无法获得人类组合的便利或因高傲自满而离弃世俗的组合的人——他如果不是一只野兽，那便是一尊神祇[1]。

以后罗马法有了“公法”和“私法”的划分，这是宪政法治之维发展的另一个里程碑。但在古希腊，这样一种划分仍然是很难想像的。因为在一种集体主义的价值观下，“公民不能私有其身”，只能服从城邦的整体利益。当年孙文称共和的精神是“天下为公”，这个“天下为公”用君主专制的眼光看是

---

[1] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第8页。

一种进步，用宪政主义的眼光看却令人担忧。因为宪政的前提就是私权利在先于任何集体权力，自由是宪政的阿基米德支点，立宪主义正是从这一点开始逐步撬起了整个国家。如果不在共和的传统上引入宪政的内涵，将集体主义的价值背景置换为自由主义的价值背景。那么“共和”仍可能堕落成一切以道德之名行极权之实的政制温床。如果没有自由宪政主义的确立，“共和国”就缺乏必要的内容，而沦为假共和。

共和主义对人性和美德的力量始终抱有一种乐观的精神，这和儒家传统也很相似。它们也因此都特别重视教化。如孟子说人人皆有良知，有恻隐之心、羞耻之心、辞让之心和是非之心。人人皆可成尧舜。这种对人性的信心是值得敬重的，其中包含了崇高的因素。但宪政却是一种低调的政治理想，骨子里怀着一种抱残守缺的悲哀和对政治的目的性的节制。“政治是瞎子们设立的一套程序”①。宪政将更高的盼望留给政治以外的空间。如果一个社会在政治之外没有更高的盼望，政治本身就会被偶像化。

宪政主义并不因此轻视对于德性的信念，但反对这种道德理想与政治权威的结合。把道德目标驱除出公共权力运作的范围，是宪政对共和主义传统的重要改造。就像父母把儿女从悬崖上拉开，让他们远离危险。这种驱除不是对美德的抹煞，恰恰包含着宪政主义对宗教和道德价值的珍惜，暗中承认道德价值具有比世俗权力更尊贵的来源，世俗权力对此缺乏处理的能力。

这种在政治哲学上对人性幽黯的了解和体谅，在西方主要通过基督教文明获得了锥心刺骨的洗礼。在传统中国，道家对

---

① 刘海波：《托克维尔论政治与宗教》，这是他2002年12月在“宗教与政治”学术讨论会上的发言，见普世社会科学研究网 www.pacilution.com.

儒家德化政治的理想也曾起到部分消解的作用，但远远不够。共和主义对政治生活和公民美德的崇尚，本质上导致了一种高度精英化的政治立场，某种精英或贵族统治是共和主义的特点，这和儒家传统也很类似。但在一种世俗的道德理想下所产生的政治精英，首先不是技术性的或知识意义上的精英，而是一种道德精英。道德精英的存在意味着人格在政治上的等级化。政治在本质上就变成一种教化，不仅是上智下愚的教化，而且是上善下恶的教化。如在日常经验中，一个普通官员忽然成了上司，就似乎理所当然的道貌岸然起来，开始在讲话中对以往的同事从事道德教育。这种教化的政治带来最不能容忍的弊端，就是不宽容。苏格拉底之死证明了一件事：在崇尚美德的共和主义之下，容易有民主，却难有言论的自由。

共和主义的精英传统对宪政的发展也有很大影响，现代的宪政制度也有精英政治的特征，尤其体现在司法权力对民主和立法权施加的制衡上。但宪政的精英概念是技术性的、建立在理性传统上的精英（这种政治上的专业性的发展，很大程度上受惠于分权制度）。知识精英和民众的关系并没有人格高下的差序。更重要的是立宪政体接受了个人权利的在先约束，使知识精英的权力被局限在公共领域，不会扩展到非政治的私人和宗教领域去。精英政治的前提是尊重个人在私生活中的价值抉择和趣味，宪政主义所追求的自由，是一种对人与人的关系的勘订，不是对自由的实质提出的要求。宪政主义期望政治人物的道德素养，但拒绝接纳道德是政治的目标。但在共和主义的“以德治邦”的传统中，这种要求和目标却是必须的，因为公民参与政治的目的不是伸张个别利益，而是审议每个决策是否符合城邦的整体利益。共和主义因此必寄希望于每个有投票权的人能主动出于美德而避开私欲，并将最高的善、最高的自由

寄存在城邦政治共同体之中。

古典共和主义对美德和公共政治的强调，和儒家政治理论有一个背景上的区别。古代的共和国都是小国寡民的城邦共和国，儒家中国却是一个庞大得不可想像的帝国。儒家中国，几乎是人类史上唯一一个曾经凭借道德教化而进行有效统治的巨型国家。贡斯当在批评卢梭的"复古"倾向时，敏锐的注意到古代人的自由和现代人的自由是不同的。其中地域范围的大小是造成差别的原因之一。另外的原因是交易体制的发达逐步创造出丰富的私生活空间。贡斯当说，古代城邦领土狭小，贸易不发达，奴隶制又为城邦"公民"们提供了足够的闲暇。因此他们主动把精力投入到公共生活和服务中，参与公共政治事务的辩论和决策成为希腊人最重要的一种自由。希腊人在某种程度上的确是一种政治动物，是政治生活而不是私生活构成了他们显赫的生活平台。政治生活的崇高价值和公民美德自然就被看得至关重要。但现代社会随着政治共同体的疆域扩展，商业社会的繁复，现代人的生活空间不断扩容，政治生活的地位不可避免的下降。人们最珍惜的自由不再是对政治的参与，而是享受和捍卫私生活。同时直接参与政治的效果也随着疆域和人群的扩展而缩小。因此"个人独立成为现代人的第一需求"。贡斯当认为，如果说雅典公民是专职的公民，那么现代公民只是一个"业余的公民"[1]。

儒家中国尽管不是一个现代社会，却比任何一个欧洲国家更要庞大数十倍。政治美德对儒家中国的意义，与其对古希腊城邦共和国的意义是全然不同的。在古代中国，道德统治只是

[1] 贡斯当：《古代人的自由和现代人的自由》，阎克文、刘满贵译，商务印书馆 1999 年 12 月版。

一种外表，专制主义才是能够敷衍有效统治的主要技术。如历史学家黄仁宇观察明代的政治，认为道德的政治意义不过是弥补专制主义技术手段的不足[1]。

在古典共和主义者看来，人们以投身公益的美德流连在广场和会议厅当中，并以这种美德来确保政治的崇高。这是一种看上去如此高贵而浪漫的景观，自然也是政治制度追求的根本目的。即使是提出成熟的分权制衡理论的孟德斯鸠，在很大程度上仍然是一个古典共和主义者。在强调共和国必须具有三权分立的制衡机制之后，他也和希腊人一样推崇"品德"原则对于共和政体的根本性支撑，也因此反复唠叨对公民的教化问题。不过在他的概念里，"品德"一词已摆脱了模糊的道德含义，而主要体现为"对法律的爱"[2]。这样的品德观念，和后来托克维尔考察美国民主时提到的"民情"概念差不多；已脱离共和主义的范畴，接近了法治主义的方向。

美国独立革命之后，古典的共和主义传统开始面临在一个巨型共和国中如何建立统治的难题。依靠直接的政治参与和公民美德来维护政治生活的崇高价值，这在庞大的共和国中只能是一种刻舟求剑的幻想。在美国宪法的创立过程中，古老的共和主义传统终于凤凰涅槃，实现了它的宪政主义转型。

5. 复合的共和制

在美国围绕制宪的争论中，反联邦的传统共和主义者坚持

[1] 参见黄仁宇：《万历十五年》，中华书局1995年版。

[2] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版。

一个重要的立场，他们认为政府的首先任务是发扬和促进公益，他们说追求"公共幸福"正是独立战争的基本原则。这么说也有道理，因为战争是一种使集体利益和整体目标显得非常清晰和富有正当性的特殊状态。"独立"本就是一个指向共同体和民族主义诉求的概念，追求独立的确使私欲的分散化一度被最大限度的抑制了，而使献身的激情被洋溢，让梦想中的政治共同体充满了神圣的荣耀。但战争一旦结束，私人利益的分别就成为一种日常景观，这时分权制衡的制度安排和日益显着的党派争斗使政治在表面上"庸俗化"。宪政主义的一个前提是要接受这种庸俗化，承认这种庸俗化的正当性，并不去奢望美德对于"庸俗"政治的洗涤。对任何怀抱某种政治理想主义的思考者和行动者来说，如在中国儒家传统"为万世开太平"的终极抱负下，要接受这种对人性的幽黯看法，接受政治领域的庸俗和国家作为政治共同体的残缺意义，的确也是一个很难翻过去的门槛。

但宪政承认庸俗化的、残缺的政治，并不意味着对人类理想生活的放弃。追求宪政本身是一种充满理想主义情怀的政治抱负。从宪政主义的历史看，让国家权力摆脱暴力原则带来的专横和偶然，接受制度、法治和理性的控制和驯服；这是何其艰难的历程，何其漫长的折磨。如果说为一匹野马套上马缰的骑手是值得尊敬的，那么为如同怪兽利维坦一样庞大的国家套上宪政的马缰，这又是如何荣耀和激动人心的事业。人类的政治史，说到底是一部驯服暴力和控制国家的历史。批评一种泛道德化的和集体主义的政治乌托邦，不意味着理想主义的终结，而是理想主义的一个转身。宪政主义者把理想的手段放在制度对理性的吸纳上，把理想的至高点放在对个人自由价值毫不迟疑的保守上。并把高贵的美德和人类精神生活的可能性，

留给一个尊重信仰和言论自由的、不会被随意侵犯和打扰的"私人之间的社会"。

在美国立宪的争吵中，那些反联邦的共和主义者却不能接受这种"庸俗化"的政治观，他们把低调和谦卑等同于政治上的庸俗，坚持政府不能仅作为私人行为的管理者，而且必须作为一个弘扬美德的教育者来展开活动。这是美国宪政确立之时面临的一个生死关头，也是古希腊以来的共和主义传统能否在接受宪政理念下重获新生的一个考验。最终，以麦迪逊的思想为典范，完成了共和主义的宪政主义转型，创立了美国的复合共和制（即联邦制，参看本书第七章）和现代共和国的第一部宪法，使美国成为世上第一个按照分权制衡理论建立起来的宪政国家。

麦迪逊等联邦党人，坚持人类天生的私心是不可能依赖传统的公民美德和公共教育去克服的。这种私心来自人们在天赋才能和财产权上的差异。他说过一句著名的话："如果人人都是天使，就根本不需要有政府"。这和基督教新教改革的政治观是一致的，路德在解释《马太福音》中基督那句更著名的话时，认为耶稣基督的意思是"基督徒不应在他们中间使用法律和政府"①。《联邦党人文集》的另一位作者汉密尔顿说得更直接②：

我们应该假定每个人都是会拆烂污的瘪三，他的每一个行为，除了私利，别无目的。

---

① 《马太福音》第5章39节，基督说"只是我告诉你们，不要与恶人作对。有人打你的右脸，连左脸也转过来由他打"。路德认为，世俗国家的原则和基督教爱与宽恕的原则是不同的。世上真正的基督徒永远是极少数，当基督徒和非基督徒共同组成一个国家时，就必须要听从法律。

② 张灏：《幽黯意识与民主传统》，载《市场逻辑与国家观念》，三联书店1995年版，第86页。

以此作为政治的起点，来自基督教传统对人性幽黯的看法，也来自对人类历史经验的清醒认识。承认这个事实怎么办，麦迪逊根据孟德斯鸠的分权理论，提出了一个著名的口号："必须以野心来对抗野心"。道德的理想主义者会提出疑问，就算人性如此，俗语说取法其上，得乎其中。为什么不能将对美德的教育和对私利的克服作为人类政治生活的起点呢？这样的实践正是儒家中国和各种现代意识形态政治反复尝试过的。如前述，一种教化的政治会带来道德精英的僭妄和对异端的不宽容，既在政治领域伤害公民的人格平等与自由，又将在道德领域对人的信仰构成无力承受的试探和拆毁。也许因为美国本身拥有强大的甚至过于保守的清教徒道德传统，因此立宪的道德目的被成功的抑制住了。在道德上，立宪是通过政治去防守什么，而不是去达成什么。

下面这段话来自当时一位反联邦的传统共和主义者本杰明·拉什，我们在相似的语境下对这样的观点不会感到陌生[1]：

应当教育每个公民说他不属于他自己，而属于公共财产。教导他要爱他的家庭，但同时要教导他说如果国家的利益要求他放弃甚至忘记他的家庭的话，他也必须这样做。……我认为有可能把人们转变为共和主义机器，如果我们指望他们在政府这个巨大的机器当中起到他们应起的作用的话，就必须这样做。

面对此类看法，麦迪逊在辩论中指出了一个在以后尤其是在20世纪历史中被反复证明的事实，即"（政府）克服私利的企图本身有带来专制的危险。由政府有意识的培养人们的爱好，不会增进自由，相反会毁灭自由"。在《联邦党人文集》

① 卡斯·R·森斯坦：《共和主义的永久遗产》，载《新宪政论》，三联书店1997年版。

的第51篇中，设想中的联邦制度被麦迪逊称为“复合的共和制”。在复合的共和制中，共和主义的均衡原则、精英化的自由传统，甚至骨子里的某种骄傲与光荣的气质，都被保留了下来。但它对于政治和人性的乐观看法及对政治中的美德与教化的推崇，却在宪政主义“限制权力”的模式下被剔除了。共和主义的混合政体思想在分权理论的改造下，被广泛运用于政府的三权分立、联邦与各州的双重主权以及代议制、两院制等各种制度安排。麦迪逊也因此成为现代共和主义的杰出代表和“美国宪法之父”。

6. 新共和主义

所谓新共和主义，是对那些被宪政主义在政治制度中剔除掉的道德因素的追忆和重申。新共和主义的着眼点是“公共利益”和对政治共同体的热爱，但它不是简单回归古典共和主义，以群体的价值去质疑自由宪政主义的个体价值。它保持了一种低调，总体上讲它想解决的“不是政制问题而是道德问题”。没有迹象表明新共和主义者反对立宪主义的制度成就，它也不特别奢求道德与公共权力的重新结合。但多数新共和主义者的确反对现代政治制度中政治性与伦理性的断裂[①]。

汉娜·阿伦特是新共和主义的一个代表人物。她是存在主

---

① 参见菲利普·佩迪特：《共和主义：一种关于自由与政府的理论》，江苏人民出版社2006年1月版。其中对新共和主义的政治理论做出了更接近于自由主义而非更接近于社群主义的阐述。本节重点以阿伦特为例论述新共和主义对宪政主义的修正和挑战。

义思想家海德格尔的学生和情人。作为德国犹太人，她也在20世纪前半叶拥有一种特殊的经历。因此存在主义对人性及存在本身的幽黯看法，使她能够接受对权力的怀疑和制衡的宪政主义诉求，也使她对极权主义政治及其革命的意识形态有着深刻的批判。尽管她的批判方向显然更多地放在共和主义的思路上，放在对政治性与伦理性的割裂的关注，放在对"城邦"意义的重新追问，以及放在对一个过于平庸的消费社会的痛恨上。但她仍然和那些崇尚美德的古典共和主义者划清了界限，她认为仁爱之心不应在政治制度中占有一席之地，因为"用政治手段解决社会问题的每一次努力都导致了恐怖"[1]。她甚至对法国大革命的"博爱"口号也表示出毫不迟疑的怀疑。

阿伦特区分了劳动、工作和行动这三个概念，她所说的"行动"是指相互沟通的政治行为，她认为"行动是典型的政治活动"，而政治则是人类自由至高无上的场所。阿伦特说的"自由"不是一个自由主义式的，停留于人与人的权利关系的消极概念。她眼中的"自由"是高度政治化和实体化的，是一种努力构建和塑造公共领域、并在人类的相互行动中实现个人最高价值的积极的自由概念。最终通过这种自由的高尚实践去清除政治的罪恶。但是对于确保私人领域内的权利化的自由，并通过宪政制度去制约政治权力这样的低调思路，她反而是缺乏信心的。

阿伦特像古典共和主义者一样反对代议制民主。她认为人民选举代表参与政治决策这一做法，是对人类群体生活的一种非政治化。把"政治"概念限制在了一个狭窄的、等同于国家暴力机构运作的范围，大多数人民就会因此丧失"行动"的权

[1] 参见迈克尔·H·莱斯诺夫：《二十世纪的政治哲学家》，《阿伦特：古典共和主义与现代世界》一章，冯克利译，商务印书馆2001年版，第112页。

力和能力，成为政治意义上的孤立的人。阿伦特的“自由”概念尽管是高度政治化的，但不能简单地把她的“自由”理解为思想家伯林区分的“积极自由”。因为“积极自由”与“消极自由”的区别是就公法领域和公共权力的作为而言的，积极自由并不是简单的指积极去达成某件事的自由，而是指积极的借助公共权力达成某件事的自由。伯林的概念容易令人误解，准确的说，并不是自由应当具有一种消极性，而是权力应当具有一种消极性。这样来表达他的意思也许是更恰当的：

我们寄希望于国家和权力的，仅仅是希望通过它们使我们免于强制，而不是通过它们使我们达成某个积极的目的。

在私法领域内，所谓自由必然是我们能够积极的达成某件事的自由，否则就没有自由可言。因此只有在公法领域内实现不被强制的自由，我们在私法领域内才能拥有积极达成某件事的自由。

阿伦特“自由”概念中的积极和扩张的色彩，并不寄希望于借助国家权力去落实，而是具有一种哈耶克所言“自生扩展秩序”和《易经》所言“天行健，君子以自强不息”的意味。她的“政治”概念同时也是高度社会化和多元化的，并不局限在国家权力的制度化的运作之内。她在解释“工作”的创造性意义时，曾经有一段才华横溢的话。我们可以借她对“工作”的阐释来理解她的“政治是人类自由至高无上的场所”的新共和主义立场[1]：

---

① 参见迈克尔·H·莱斯诺夫：《二十世纪的政治哲学家》，《阿伦特：古典共和主义与现代世界》一章，冯克利译，商务印书馆 2001 年版，第 112 页。另见马斯泰罗内主编：《当代欧洲政治思想》，第十五章《阿伦特：城邦的目的》，黄华光译，社会科学文献出版社 1998 年版。

阿伦特认为，工作最重要的属性不是创造物品，而是通过物品创造一个世界，一个人为的世界。比如桌子是用来吃饭的，但桌子的存在同时也形成了人类的社会和空间关系。人们围桌而坐，他们立刻便形成了一种关系，人们各占其位，使他们作为分立的个人形成一种互动的关系 阿伦特说，我们想像桌子忽然神秘的消失，这会造成我们手足无措和混乱的结果。桌子的消失不是物品的简单消失，而是一种空间的消失。因此工作所创造的一个人为世界，其意义是为我们提供一个家园，工作是为我们的存在提供安慰、稳定和意义的根源 工作本身是一种私人行为，但它创造的是一个公共的空间。因此工作在私人空间和公共空间之间搭起了一座桥梁。

阿伦特的“行动”概念也是类似的。行动本身是一个私人的和私法内的行为，但我们通过“行动”，创造和指向的却是一个公共的和“政治”的空间。“行动”比“工作”更富有创造性，因为“工作”的对象是自然界，本质上要受自然规模的支配。而行动是人们之间的相互作用，行动所创造的政治空间具有更自由和更无穷的可能性。正是在这个意义上，阿伦特像古典共和主义者一样推崇公共领域而非私人领域，认为“政治是人类自由的最高场所”。

阿伦特对共和主义的重申显然发生在一个“上帝已死”的信仰废墟上，人类自由的最高场所已经隐匿，政治就被迫成为人类自由的最后一座工场。她的政治哲学因此仍然带着强烈的存在主义色彩，不甘愿将人所指定的历史目的论从政治的领域移开 但阿伦特的新共和主义也并不是一种刻舟求剑。在一个公民社会，所谓“政治空间”并不单单指向一种制度化的直接民主模式，或一定以喧嚣的议会、市政厅和广场为载体。阿伦特所追求的伦理性的政治概念，主要指一种离开公法制度之外

的努力，这是她与她所批判的现代极权主义政治之间唯一令人放心的区别。

很大程度上，她的诉求和现代宪政国家的公共领域概念也是重叠的，因此也能被宪政主义所接受。正是在宪政制度下，一个自治的和“积极”的社会才得以凭借媒体、舆论、民间社团、宗教团体及其场所等因素，形成了一个多元化的和非官方的“政治空间”。当18世纪的法国，作家左拉等一批知识分子站出来公开为德雷福斯案件控诉、疾呼，这正是阿伦特意义上的“行动”。当甘地自愿绝食或哈维尔等捷克知识分子发布《七七宪章》的时候，也正是阿伦特意义上的“行动”。这样的行动及其创造的“政治空间”，同样也为宪政主义所激赏。但宪政主义强调的是，这样一种空间之所以在现代社会成为可能，和政府的力量受到了宪政制度的严格控制分不开。因此罗尔斯坚持认为“公民不服从”的行动，只可能发生在宪政民主国家[1]。同时，这也和另一个独立在政府之外的公共空间——以私有产权和私人契约为基础的市场——的强大分不开。

新共和主义对共同体的推崇，本质上是以另一种实体的道德价值去反对极权主义政治所依据的实体价值。尽管这种反对没有主张借助公共权力，但如果不先将国家权力与在先的私人领域分开，其危险仍旧和古典共和主义一样，具有毁灭自由和导向专制的可能性。阿伦特意义上的宽泛的政治空间也不太可能形成。马基雅维里曾经讲过这样一个故事：

一个罗马富人在饥荒时期大开粮仓，接济穷人。后来罗马

[1] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第371页。转引自何怀宏编：《西方公民不服从的传统》，序言，吉林人民出版社2001年版，第10页。

人将这个富人判处了死刑。理由是那个富人在收买人心，罗马人认为他有政治野心，想成为独揽大权的僭主。

"开仓放粮"毫无疑问也是阿伦特所欣赏的"行动"，狭义上说这不是一个政治行为，但在阿伦特的概念里其意义也是"政治"的。这种社会化的政治概念，用前捷克总统哈维尔的话说，就是"反政治的政治"。但罗马人的被处死提出了一个难题，就是一个发生在国家权力运作（狭义上的政治）之外的"政治行动"怎么才可能被接纳？发生在雅典的苏格拉底之死和这个故事有一种相似性，尽管公民积极投身政治辩论是古希腊共和主义者乐意看到的一种景观，但这种辩论也只有发生在一个正式的直接民主的政治领域内才是安全的。但苏格拉底"蛊惑青年人"的言论和罗马富人开仓放粮的行为，都发生在一个正规的政法体制之外，发生在民间。对他们处以极刑，正是古典共和政体具有专制主义倾向的一个确据。

通过呼吁宽泛的政治空间和政治行动，来追求共同体崇高的德性价值。这可以视为新共和主义对宪政制度的补充，但它首先需要一个宪政主义的平台，而不是一个共和主义的平台。先要在政制上承认个人自由先于国家权力的在先性，以及接受对国家权力的分权制衡——前者意味着权力的世俗化，后者意味着权力的被驯服；那么新共和主义的诉求就完全可以被宪政主义容纳。如当代思想家哈贝马斯早年持一种左翼共和主义传统的立场，但近年来逐步转向宪政主义的程序正义观。他针对现代政治共同体的凝聚力问题，在认同宪政制度及其价值的基础上弘扬一种"宪政爱国主义"。这种对共同体的热爱就接近于孟德斯鸠所言的共和制下的"品德"，其实质是共和主义精神与宪政主义传统的一种弥合。

澄清这一点，对后进国家追求宪政转型、争取政治自由具

有非同寻常的价值。在东欧国家的宪政转型中，阿伦特的“政治”和“行动”的概念曾发挥过甚至比哈耶克更激动人心的抗拒极权的力量。哈维尔认为“政治是一种求得有意义的生活的途径”，就是一种典型的新共和主义式的定义。有学者认为在东欧20年的民主历程，及1989年公民运动和专制政权的更迭中，以哈维尔为代表的一代自由知识分子“将私人生活献身于公共利益，自发的创造出一个自由的空间，从中重新发现了‘行动’的令人兴奋的愉悦”。因而是一个“典型的阿伦特式事变的范例”[1]。

7. 小结

发源于古希腊的共和国政体是宪政民主制度的渊源之一，它将政治共同体视为一项共同的财产，开创了一种共有和共治的政治合法性传统。这个传统一开始就与君主制或其它任何形式的独裁政体格格不入，君主制将权柄建立在暴力征服和经验主义的历史渊源之上，但对共和政体来说这远远不够。各阶层对政权的分享，这种多元化的权力分配才是一个共和国具有正当性和说服力的根本。共和主义在近代与民主制度相结合，进一步发展出“统治必须经过被统治者同意”的政治合法性依据，构成了宪政主义的合法性根基。另外，共和主义的混合政体思想也是宪政制度最核心的分权理论的雏形，“均衡”，可谓是一个从古代共和国到现代宪政国家一脉相承的政治理念。

共和主义推崇美德和政治的崇高价值，珍惜城邦的自由传

① 崔卫平：《谁是亚当·米奇尼克》，《哈维尔文集》，2003年内部资料交流。

统。但它的权力分享具有浓厚的精英政治特征，并不以公民的自由和平等为前提。它缺乏对个人权利及其在先地位的遵奉，缺乏对政治的残缺的体认和对一个高于政治的价值领域的敬畏，无从产生出限制权力范围的顽强念头。但它的精英主义和保守主义倾向，对立宪主义的发展也有明显的影响，尤其是当宪政主义凭借司法独立去限制立法权的时候。从历史上看，共和主义传统对宪政的贡献，超过了民主传统对宪政的贡献。

第三章

宪政与民主

国家永远准备着为人民而牺牲政府，不是为政府而牺牲人民

——卢梭《社会契约论》

在思想上我倾向民主制度，……但我无比崇尚的是自由。

——托克维尔

民主指向一种公共领域内的人格平等，并以人格的平等去涂抹智力、财富等其它因素的不平等。自由首先与私人领域有关（也包括直接与公域相关的政治自由），自由意味着从“天下为公”的混沌中划出了一块不被冒犯的禁地。在这个禁地内承认和尊重各种非人格的不平等（财产、智力、契约权利等）。所谓禁地既针对政府的行政权，也针对人民的立法权。因此民主意味着接受公域内基于人格的平等，自由意味着接受私域内基于财产或其它因素的不平等。这比“机会平等”和“结果平

等”的区分更为坦白。民主的原则一旦超越公域，将它的平等观延伸到私人领域去，民主就可能伤害自由。宪政不仅意味着对政府权力的限制，在少数服从多数的民主前提下也意味着对民主的限制。通过代议制和分权制衡等手段对民意进行过滤和分割；通过法律预先的、普适性的规则去限制民意的可欲范围[1]，这正是宪政主义制衡民主的两种主要方向。

1. 人类生而平等

1776年7月4日，美国费城举行的第二次大陆会议通过了独立宣言，这份由著名的民主主义者杰斐逊起草的宣言，第一次明确昭示出民主制度最基本的信念：

我们认为下面这些真理是不言而喻的，即：人类生而平等，造物主赋予他们若干不能出让的权利，其中包括生命、自由和对幸福的追求。为了保障这些权利，人们才在他们之间建立政府，而政府之正当权力是经被统治者的同意而产生的。任何政府一旦破坏这些目的，人民便有权把它改变或废除，以建立一个新的政府。

当时，距离梭伦在雅典进行的民主化改革，历史已经迈过了两千年专制的或混合的君主制度。当年梭伦为了不让所有职

---

[1] 思想史上，大概是休谟首先对法律（规则）的宪政含义进行了阐述。法律的预先性和普适性，以及建立在法治传统之上的司法理性，是对君权的最重要的古典主义的约束方式，哈耶克的普通法宪政主义深受休谟思路的影响。参见哈耶克：《大卫·休谟的政治哲学和法律哲学》，载“公共论丛”《宪政主义与现代国家》，三联书店2003年1月版。另参见高全喜：《休谟的政治哲学》，第二章《正义的规则》，北京大学出版社2005年版。

位被世袭权贵把持，以财产多寡划分公民等级，赋予平民分享政府职位的权利。前述这种各阶层分享权力的混合政体思想，并不以公民的人格平等为价值前提。但民主最重要的价值预设就是平等。平等权的具体体现是普选权在近三百年间的逐步实现。这个“平等”指的是人格的平等，民主的本初精神就是以人格的平等去代替财产、智力或出身的不平等。民主的大义就是不承认政治精英的擅权，而认为当公共事务涉及到每个人切身利益的时候，每个人就算没有平等的管理公众事务的能力，却应该享有平等的为自己利益辩护的资格

公民的“生而平等”，是“政府之正当权力须经被统治者的同意而产生”的前提。如果君主或统治者具有一种非平等的神圣地位，它的权力来源是某种“君权神授”的天意或某种意识形态赋予的特殊资质，政府的权力就并不需要被统治者同意了。“须经被统治者同意”的意思，是不承认任何人（包括君主或元首）在人格和道义上与他人不平等。这又进一步意味着国家权力不是神圣的权力，不是来自天上或来自所谓“历史规律”。而是一种自下而上的、从每个人的意欲那里获得（首肯）的权力

追求平等与追求自由之间，也并不像通常认为那样必定存有内在的冲突。真正的冲突首先发生在平等与民主之间。平等意味着政治必须是民主的，意味着被统治者的同意在逻辑上先于国家权力，每个人的“生命、自由和追求幸福的权利”也先于国家权力。在这种崭新的理念下，古典共和主义关于共同体的利益与荣耀无限高于个人的立场就很难成立了。但是民主反过来却不一定能够满足平等。因为平等暗含个人主义的价值立场，平等意味着对他人事务的无权干预，但民主却并不同样暗含个人主义的立场。从平等到民主是一个逐渐偏离个人主义立

场的过程。因为“被统治者的同意”是一个集合的概念。在几乎所有时候，同意都只可能是较多数人的同意。一旦引入“代表权柄”的因素，那么“被统治者的同意”从来不是一个经验的事实，而是一种形而上的归纳。

因此民主事实上就被简单归纳为对“少数服从多数”原则的遵行。民主也只可能意味着少数服从多数。但这就与“人人生而平等”的平等预设相悖离了。一个人与另一个人的确是平等的，但两个人就生而与三个人不平等，三个人生而与四个人不平等。换句话说，民主的起点是平等，到了终点却以人的数量代替了人的平等。民主改变了一个不平等的事实，即少数人未经多数人的同意就去统治他们。但民主也产生了一个不平等的事实，即多数人统治少数人是不需要被统治者同意的。如果把“统治必须得到被统治者同意”这个判断中的统治者假设为多数人，被统治者假设为少数人，我们将发现“民主”是一个悖论，它无法满足这个命题。“少数服从多数”不可能不违反平等原则。一个拗口的结论是，“民主”本身无法以“民主”的方式对待少数人。

因此不是平等，而是民主才暗含了与个人主义自由价值的冲突。民主在结局上对平等的否定，可能同时意味着对自由的侵犯。民主的悖论显示出民主是必须的，但民主在一种优良的政治制度中也必须是有限的。民主必须配合宪政，受到宪政主义的捆绑。

在古希腊，因为推崇的是混合政体，单纯的民主制度一直被视为最糟糕的政治。亚里士多德这样评价纯粹的民主制[1]：

> 在那里，进行统治的是人民，而不是法律。因为一切都是

---

1. 参见亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版。

由多数投票决定，而不是由法律决定。人民拥有国王一样的权力进行统治。他们至高无上，不是作为个体，而是作为集体。

这段话和卢梭的名言“公意永远正确”相比大为迥异。卢梭的绝对民主理论（totalitarian democracy）也被称为共和主义的民主理论，他也是以推崇古希腊共和传统而闻名的。但实际上卢梭继承的只是共和主义充满激情的那一面，纯粹的民主理论其实恰恰是对共和主义温和、平衡传统的背离。但在宪政主义者眼里，民主仅仅是政治制度的一个因素，甚至不是最核心的因素。事实上民主原则从未在宪政理论中发挥过关键作用。但这种说法仅仅只是对西方宪政历史的一种经验的描述，西方立宪主义的侧重点之所以不在民主制度上，是因为西方政治传统中具有深厚的自由主义价值背景和各种混合均衡政体的长期实践。这使西方尤其是立宪主义的发源地英国，在很长时期内并不需要民主制度的同步扩展，也能形成对国家权力的有效制衡，这种有宪政无民主的局面一直持续到美国宪法实现了制衡原则和民主原则的结合才发生改变。譬如一些前英帝国的殖民地，至今尚处于“有宪政而无民主”或“有自由而无民主”的状态。相反，历史上无数次不要宪政的民主实践却没有一次成功的，最终几乎都落入了专制主义的泥潭。

对公权力的遏制原则、法治手段和个人自由的在先，在宪政的理论模型上都比单纯的民主原则更为重要。但对那些缺乏自由传统和权力几乎不受制约的后进国家来说，西方宪政发展的经验是模型意义上的，但不一定是进路和策略意义上的。民主制度的重要性和民主价值所蕴含的推动制度变迁的力量，对后进国家的宪政转型显然具有比其在理论模型中更重要的地位。甚至以美国为例，尽管它宪法的最大特点是在历史上第一次严格按照分权制衡的理论塑造了一个共和国的政治结构，但

在它的制宪争论中，强调分权制衡的联邦党人也在策略上明确体现出对民主作为主流价值的认同。麦迪逊（一说作者是更为保守的汉密尔顿）在《联邦党人文集》第49篇中这样写道：

在组织一个人统治人的政府时，最大的困难在于必须首先使政府能管理被统治者，然后再使政府能管理自身。毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制，但经验教导人们，还必须有辅助性的预防措施。

事实上所谓宪政，就是被上文委婉称为的"辅助性预防措施"，也是美国宪法最伟大的成就。在联邦党人心目中，"依靠人民是对政府的主要控制"在技术上无异于痴人说梦　他们在另一篇文章中引用了杰斐逊的一段话，才是真心话："一百七十三个暴君必然与一个暴君一样具有压迫性，……一个由选举产生的专制政府并不是我们为之奋斗的目标"[1]。单纯的民主或选举制并不能保证政府不是专制的。但在当时，民主原则已是浩荡的主流价值，选举也在技术上被普遍认为是最重要的对政府的制衡。麦迪逊的上面一段话揭示出美国宪政制度形成的一个秘密，分权制衡是在弘扬和借助民主浪潮的前提下，由联邦党人塞给美国人民一个"买一赠一"的私货。后来这些"辅助性预防措施"反而成为了美国宪政体制的核心。这一层关系对那些宪政与民主孰重孰轻的争论是富有启迪的。而从20世纪后半叶的历史经验看，后进国家也几乎没有不依靠民主化浪潮而能建立宪政制度的。尤其在缺乏自由传统的地方，自由已不可能离开民主的诉求而独自生根。独自生根的时代已经错过了。

---

[1] 沃尔特·墨菲：《普通法、大陆法与宪政民主》，信春鹰译，载《经济民主与经济自由》，三联书店1998年版，第233页；汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第255页。

2．民意的合法性

王侯将相，宁有种乎。

——陈涉

在亚当和夏娃的时代，谁是贵族，谁又是绅士。

——17世纪的英国民谣

2．1 政治合法性

由汉密尔顿撰写的《联邦党人文集》的开篇，指出了政治权威的三种合法性来源。表明联邦党人的立宪追求，是人类社会第一次使政体建构在来源上最大可能摆脱机遇和强权的尝试，正是这种尝试使人类的立宪成为可能：

人类社会是否真正能够通过**深思熟虑和自由选择**来建立一个良好的政府，还是他们永远注定要靠**机遇**和**强力**来决定他们的政治组织？[1]

“合法性”（legitimacy）是最早由韦伯提出的一个国家理论的概念。他把合法性与领土、对暴力的垄断并列为现代国家的三要素。这里“合法”的意思不是程序意义上的合法，而是在实质意义上说的，指的是民众内心对政治权威的价值认同。这里“法”的概念也不是国家的制定法，而是指来自自然法传统中某种普遍的正义与理性原则。颇有些类似于中国传统语境下“顺应天道”的意思，所以也有人称为权力的“正当性”或

① 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第3页。

“合道性”。

“合法性”构成了宪政主义的一个重要概念。它的提出至少带来了两重显赫的意义。

第一，其指出了一个至关重要的事实，这来自韦伯犀利的洞察力：即单纯的暴力从来就不足以支撑一个政权。因为认同和服从是不同的，人们服从强权可能仅仅出于对暴力的畏惧，但并不认同它。这种内心的不认同即便没有制度化的渠道来宣泄，仍然会使权力的运作变得昂贵无比，并异常脆弱。只看历史，那些源远流长的朝代几乎没有一个是由著名的暴君和独裁者开创的。声名最显赫的那些独裁者身后总是伴随一个四分五裂的短暂朝代，如秦始皇、亚历山大、成吉思汗和拿破仑，历史上再没有比这几个人更鼎盛的君王了，但也再没有比他们手创的帝国更加短暂的统治。枪杆子总是可以出政权，只凭枪杆子却总是保不住一个政权。对统治者而言，比暴力更加短缺的资源，是对于暴力的“加冕和命名”。韦伯说，“一切权力都要求为自身辩护”，“一切统治都试图去唤醒和培育人们对其合法性的信念”。

第二，这个概念既是对事实的揭示，也是一种价值上的判断。它开始区分两种权力，一种是歹徒把刀架在民众脖子上的权力，一种是政府统治民众的那种权力。这两种权力一样吗？它们如何才能不一样呢？什么样的情况下我们才说前一种是非法的，而后一种是“合法”的？统治者如何才能、或者才配得到被统治者的认同？这些问题就是人们需要宪政和宪法的根源，这种需求既是被统治者的，也更加和首先是统治者的。

政治的合法性大致可以分为三种，这种分类并不是韦伯意义上的。

第一种是超验主义的合法性。这是将政治的合法性摆在政

治之外，摆在人与人的经验关系之上。如欧洲君主制背后源远流长的基督教背景，中国君主传统背后的“天道”，自然法的理性传统，及某种现代意识形态的超验权柄等。中国的皇帝曾通过一整套仪式（包括服色、谶纬、天象或上泰山祭天），很努力地去赢取和维系这种说服力。在欧洲中世纪，由于世俗权力与教会权力的二元分立，具有更直观的加冕仪式，即由教皇或主教亲手把冠冕戴在国王头顶。其实宪法的政治哲学意义也可视为一种加冕，一种在新的合法性根据下的加冕。甚至仪式上也是类似的，如美国总统布什面向最高法院首席大法官奎伦斯特宣誓就职，就是君王加冕仪式的一个宪政版本。

第二种是经验主义的合法性。时间的经过、统治者的政绩、统治技术的传统、文化对集体生活方式的影响，等等。这些都可以部分化解暴力源头的不义，使被统治成为一种合理化的习俗。人们面对一种绝对垄断的统治权，因为更换一种更好政治秩序的机会成本太高，在上述几种因素的帮助下，会在内心逐渐积累对现政权的认同。我们从人们对清初留辫子和对清末剪辫子的反抗中可以看得很清楚。经验主义的逻辑似乎很霸道，有一些成王败寇的成分。但人是经验的动物，人们不会为了让自己的生活更符合一种抽象的理念而去砸锅卖铁。历史演进确有一种“百炼精钢化做绕指柔”的能耐。既然爷爷做皇帝，老子也做皇帝，那么只要政局不出现大波动，价值不出现大颠覆，儿子当皇帝就会有基本够用的合法性本钱。这是一种政治传统自产自销的合法性，时间越久越是理直气壮。怎么对应这种历史主义的合法性，在宪政主义的历史上有两种态度，一种是英国式的，认同并尊重经验主义的合法性传统，在混合均衡的思想下进行宪政化改造；一种是潘恩和卢梭的思想，他们的态度是“一个都不宽恕”，因为他们只承认下面的第三种

合法性，除此之外的权力在他们眼里都是非法的，和刀架在脖子上的权力没有区别。服从是暂时的，不服从是理所当然的。

第三种是民意合法性，即民主主义的合法性，这种合法性的政治理论基础是社会契约论。它将公共权力视为一个晚于个人权利的产物，将其正当性放在社会成员的授权和同意之上。换言之是以个体权利的在先为合法性的起点。以此替换了超验主义的合法性根源。如当年法国人潘恩的名言——

人们会说，北美的国王在哪儿呢？让我们庄严的确定公布宪章的日子，让我们为宪章加冕，从此世人就会知道，在北美，法律就是国王[1]。

但为什么统治需要被统治者同意呢？如前述因为每个人的生而平等。因此民意的合法性也离不开超验的价值背景。只有在基督教、自然法或某种天道传统下，那些被美国独立宣言称之为“不言而喻”的权利才可能成立。个人自由在本质上是一种信仰，这是缔结政治契约的前提。回到婚姻的比喻上，宪法是结婚证书，宪政主义是老百姓的爱情。一个来自正当的契约程序，一个来自超验的价值。如果没有前者，高卢的人民会理直气壮地问恺撒：你凭什么统治我？但没有后者，手握雄兵的恺撒同样也会理直气壮地问：凭什么非要你同意？

从这个角度看，纯粹的民意合法性是难以成立的，宪政主义的合法性来源，仍然是上述三种类型的混合均衡状态。是民主、法治和自由三方面的结合。民主制度只是宪政的合法性基础之一。既然国家是自由成员之间的结盟，国家就只是一种比结盟者的地位更低的工具。先于民主的结盟者的超验地位，在合法性上也远比民主本身更为重要。

---

[1] 潘恩：《常识》，载《潘恩文集》，马清槐译，商务印书馆1994年版。

除了反映缔约者的民意之外，民主的程序意义也构成民主所能提供的合法性的一部分。一个授权与缔约的过程必须经过一套可操作的程序、一套看得见的正当程序来得到认可。民主必须是程序化的、法治化的民主，而不是广场上的和狂欢式的民主。这又涉及到韦伯提出的另一个核心概念——合理性。合理的意思就是合符理性，尤其是合符形式理性。现代国家的重要特征是它的统治方式具有高度的形式理性。韦伯将法治视为一种高度合理性的统治方式。法治讲究可预期的程序性和预期的普遍性，这就使民意的结果可以拿来验证和比较，一面增强说服力，一面谨防"假旨"，防治某些政体仅仅因为身怀利器便口含天宪，僭称自己的代表权柄，僭称自己合符天道。

上述分类只是理论模型的区别，从各国的政体史看，几乎没有一种不是相互混合的。英国的宪政最为典型，君主制度和基督教的超验背景、历经千年之久的传统，一套程序至上的法治秩序，代议制度下的民意基础，一个都不少。美国尽管历史短浅，它的宪政也具有超验的"高级法"背景，世俗意义上的"宪约"可以追溯到圣经时代神与罪人两次立约的背景，以及在这一圣约传统中被信奉的上帝与北美居住者之间的立约。正是这种超验背景而不是简单的投票选举，才使宪法在美国能够成为一种信仰。

如果用中国传统的政治概念来比附，缺乏合法性依据而主要凭借暴力恫吓的统治之道，是一种"霸道"。建立在民意合法性之上的宪政之道则是今天的"王道"。而缺乏民意合法性、仅依靠经验主义和某种超验主义的合法性残余来维持的统治，就是"霸王道杂之"。如果再换成革命先行者孙文的术语，所谓霸道就是"军政"，王霸道杂之则是"训政"，至于王道也就是最后的"宪政"。多数后进国家的宪政转型，都是一种从霸

道到王道的生拉活扯的转型。这种转型的艰难，超出了英美宪政史的经验，比法国当年从绝对君主制下开始宪政转型的语境也更为复杂。

2.2　民主的合法性

民主（democracy），从它的希腊文字面上翻译，意为“人民的统治”。在1919年新文化运动中，民主被中国新一代知识分子亲切地称为“德先生”。孟德斯鸠将由全体人民握有最高权力的共和国称为民主共和国，尽管这话中的“全体人民”和“最高权力”都是极其抽象的不在场的概念。这容易令人想起柏克的名言“高度抽象化是疯狂行径的温床”。如雅典领导人伯里克利在其著名的《丧礼上的演说》中，曾骄傲地宣称：

我们的政治制度之所以被视为民主政治，是因为政权是在全国公民手中，而不是在少数人手中。

严格讲，这话难免充满了政治家的夸张。雅典民主只是现代民主制度的一个雏形，它尚缺乏现代民主最重要的两个观念，即生而平等和民意合法性。“共和”传统下对于权力的分享再进一步，配合人格平等的观念，才在近代形成人们熟知的民主制度。这一步的跨越在西方与基督教的背景密不可分。分享权力和权力均衡说到底只是一种世俗的观念。只要具有经济动物的理性，就可能接受权力需要分享和均衡的看法。古往今来，也没有一个政权能毫不顾及权力在事实上的均衡而运作良好。只不过宪政国家追求的是制度和法治带来的结构的均衡而一切非宪政的共至独裁专制的国家，追求的仅仅是人事和权谋带来的短暂的、微妙的均衡。历史上几乎每一个著名的独裁者都是玩弄政治平衡术的大师。在缺乏制度制衡的政治中，处心积虑地维持权谋和人事的政治平衡，几乎花掉了上层统治集

团一大半的心神。结果往往是高风险的，一旦失去平衡，专制制度不仅不能制约国家权力、保障个人自由，甚至也无法维护统治集团自身的自由和安全。历史上，无数的政变、夺嫡、僭位、清洗和覆灭，发生在上层集团内部的自相残杀，都是一旦维持不住均衡的高昂代价。在缺乏宪政制度的地方，血统不能保证君王的权威，宪法也不能挽救国家元首的生命。一面是伴君如伴虎，另一面伴臣又何尝不是与狼共舞呢。

混合均衡政体思想，的确是古希腊理性精神高度发展的一个结果。但这种理性归根到底是一种世俗的理性。通常认为，古希腊的理性精神和古希伯莱的宗教精神共同塑造了西方文明的品格。政治制度从"共和"进一步到"民主"，可以视为古希腊理性精神与古希伯莱宗教精神相结合的一个结果。共和可以只是一种技术，但"民主"在本质上不是一种技术，而是对"众生平等"的一种信仰。

美国独立宣言说"我们认为以下原则是不言而喻的"。在古希腊，亚里士多德的观点是主流的观点，他认为人性生而就是自然不平等的。后来从边缘的斯多噶学派发展到西塞罗的自然法理念，开始出现了人类平等的观念。西塞罗认为：

> 世界上没有任何东西犹如人与人之间，在所有情况下，皆如此相似或如此平等。……所以无论给单个人以何种定义，皆可适用于全人类[①]

公元二世纪末的罗马，法学家乌尔比安也明确指出，"依照自然法，所有人生而自由"。但为什么人人生而自由或平等呢？这在本质上其实是一个超验的判断，超出我们经验世界和

① 爱德华·S·考文：《美国宪法的"高级法"背景》，强世功译，三联书店1997年版，第9页。

世俗理性的疆域。如果“平等”指向的是肉身，经验告诉我们人生来就是不平等的，用哈耶克的话说，“人人生而不同”。固然后天因为教育、出身和机会导致各种不平等，但首先先天的，每个人的智力、天赋、体质就可能大相径庭。如果我们相信“生而平等”，就等于我们相信在智力、天赋、体质等差异背后，人与人之间还有更重要的、没有差异的价值。就这个价值而言人与人才是平等的。这个价值就是人格、精神或灵魂。民主制度所预设的平等只可能是人格的平等。所谓“人格”，其实是一种精神化和法律化了的“灵魂”概念。我们为什么相信在不平等的身体背后，有着一种人格的平等呢？为什么不是不平等的身体背后同样有不平等的人格呢？事实上这是一个无法验证的、超出人类世俗理性的提问。

如果完全站在经验主义的立场，拒绝任何超验命题和信仰背景，根据波普尔关于“科学只能证伪、不能被证实”的思考，也可以这样认为，人人生而平等是一个迄今为止无法被证伪，因而应当被继续坚持下去的一个假说。我们把举证责任反过来，认为没有任何证据显明肉身不平等背后是人格的不平等，那么以谨慎的科学精神和无过错的法律姿态，我们只能推定人人平等。但这个论证其实用在“人格不平等”的假说上其实也并无不可，因为超验命题和科学命题的区别在于：超验命题是既不可能被证实、也绝不可能被证伪的。因此如康德对先验命题和形式逻辑之关系的思考，世俗理性无法为超验命题提供足够的合理性。就像中世纪思想家帕斯卡尔提出的“打赌说”，他说信仰上帝等于打一个赔率很高的赌，如果没有上帝，信仰并没有什么害处。但如果有，背弃信仰的代价则是人无力承受的。因此使用世俗理性来考虑，显然赌上帝存在比赌上帝不存在更合理。这听上去颇有道理，但这种论证只具有个人价

值抉择的意义，不能为某种群体生活方式的价值抉择提供正当性，因为选择本身就取消了真理的唯一性，选择意味着接受或不接受都出于自由意志，都是“体贴肉体”[1]，奉人类的理性为“神”。

一个超验命题如“人类生而平等”，能够在历史上持续存在，并构成人类政治生活牢不可破的价值基础，这是人类精神发展史的一项珍贵遗产，它依赖于一种超验的精神传统在历史上偶然的、长期的和人类的命运融为一体。怀着一种敬畏之心去看这种超验精神在人类史上的临在，这种偶然或者是一种幸运，或者是一项恩典。后者就是基督教传统的思路。当圣经宣示，上帝以自己的形象创造了人类，人就和神建立起联系，每个人都是上帝的子民，分享了神的荣耀。人的尊贵性有了来源，因为神“将我们看为至高”。由于造物主的至高存在，就在某种意义上取消了人与人之间任何先验和世俗的差异。在人与神的分别中，那些差异都不再重要。即便被统治者仍需要跪在君王的跟前，但当君上转过身去，他也和被统治者一样平等的跪在神的跟前。人人平等首先是上帝跟前的平等，因为伤害任何一个人都是在伤害神。“凡流人血的，他的血也必被人所流。因为神造人是照自己的形像造的”[2]。反过来，如果爱人如己，“这些事你们既作在我这弟兄中一个最小的身上，就是作在我身上了”[3]。在新约中，耶稣基督为世人赎罪，在最后的晚餐上举起饼和杯，将自己的身体分食给自己的门徒，这种因神的救赎而带来的众生平等就更加直观。信徒被视为基督身

---

① 《新约》罗马书第8章，“体贴肉体的，就是与神为仇”。

② 《旧约》创世记9：6。

③ 《新约》马太福音25：40。

体的不同肢体，“你们就是基督的身子，并且各自作肢体”[1]。

灵魂的平等带来人格的独立，而独立就意味着一个自由的空间。平等的根本意思是免于同类的强制，一切强制必须经过被强制者预先的同意。正因为“人类生而平等”这个命题的确立，世间的统治才需要被统治者同意。一旦你认为人与人是平等的，那么除非政教合一，除非万王之王（基督）再临，否则世俗权柄的合法性基础就只有一条出路，即被统治者通过投票制度汇集起来的民意。民意带来政治观念一个翻天覆地的变化：不被人民同意的权力，不是权力，而是乱政。

扎根于宗教信仰背景的人格平等概念，不但与自由没有冲突，恰恰是个人自由的一个前提。这和各种注重结果平等的激进思想与自由之间的冲突是两回事。从历史经验看，结果平等的思想恰恰是与各种无神论的或唯物论的世俗价值观有着紧密的关系，并往往因此扭曲了民主的价值，使民主的手段在结果上滑向极权。

16世纪的德意志农民战争，是第一次依据基督教信仰在尘世中追求政治平等的暴力革命[2]，也是共产主义意识形态革命的一次先声。但马丁·路德当时明确反对这场宗教革命对财产权的破坏[3]。到17世纪，斯宾诺莎是近代第一个基于基督教神学而提出民主观念和契约观念的思想家。他坚信每个人都拥有平等的公民权利，能够平静的生活和自由的思想，并能够“以全部的力量追求自己的私利”。权力来自于通过“社会契

---

① 《新约》哥林多前书12：27

② 朱孝远：《神法、公社和政府：德国农民战争的政治目标》，北京大学出版社1994年版。这是目前国内学界对德意志农民战争的基督教信仰背景和政治神学主张最精彩的阐述。

③ 参见本书第5章第2节“财产权”。

约”而联合起来的人民。既然人民是“上帝的子民”，统治也就必须征询他们的意见。在《神学政治论》一书的结尾，他这样写道：

一个人的灵魂是不可能完全置于另一个人的裁判之下的。任何人都不能把自己的天赋权利让渡给他人，这里的天赋权利指的是自由思想的权力和保持自己对任何问题的判断的权利。而且任何人都不能强迫别人进行这种让渡。因为，企图压制人们思想的政府应被视为压迫性政府。①

后来卢梭的思想中，开始出现“一切合法的政府必须是共和政府”这样的观念。更早还可以上溯到中世纪初期的罗马法复兴运动。《查士丁尼法典》中有一个著名的原则，“对所有人有效力的法律，须经所有人通过”。在天主教内部为限制教皇权力的主教会议运动中，这一原则曾发挥极重要的作用。而且这一原则也对英国古典宪政主义的发展产生过巨大影响。英国国王爱德华一世正是援引这一原则，才在1295年召集了英国历史上第一届议会，史称“模范议会”。这说明英国虚君共和的宪政历程，也不是全然没有民主的因素。但民主的价值的确被限制在了为权力和法律提供合法性依据这一个方面。等到美国革命之后，民意的政治合法性功能几乎已经尘埃落定，托克维尔在他的不朽名著《论美国的民主》中断言，“民主的法则”已经成为人类历史的宿命和不可逆的政治趋势。这一法则不一定带来对多元化和反对意见的宽容，或对个人及团体自由的保障，但这一法则已经引导出一个金科玉律，就是从此“当权者

① 斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1997年版。

的力量不能不来自于被统治者的同意"[1]。二百年后，当代著名政治学家萨利托这样总结道：

权力属于人民建立了一条有关权力来源和权力合法性的原则，它意味着只有真正自下而上授予的权力，只有表达人民意志的权力，只有以某种得以表达的基本共识为基础的权力，才是真正的权力。

政治的合法性，这也是立宪主义对民主价值恰如其分的需求。但随后在法国革命中，民主的理论和实践发展开始走向极端，源源不断的供给超过了一个均衡的政治制度需要的分寸。在一片腥风血雨和自由价值的风雨飘摇之中，斯塔尔夫人说："在法国，自由是传统的，专制才是现代的"。这话暗示了民主实践与专制主义之间的联系，它们都是现代的，都与古典的混合政体下养成的自由传统格格不入。法国革命之后立宪主义来到一个新的转折点，即一方面民主成为政治的宿命，另一方面在宪政主义所欲制衡的清单中，也从此添上了一个和君权一样重要的对象，那就是"人民"的权力。

这让人回头想起美国联邦党人夹杂"辅助性措施"的私货，实在有着未卜先知的英明。因为彼时并没有任何迹象和历史经验，显示出"少数服从多数"的民主原则会蕴含冲破一切堤岸的泛滥力量。如果说这种审慎和温和来自共和主义传统，但从卢梭到马克思恰恰却从共和主义传统中发挥出了迥然不同的路数。较为准确的解释是，联邦党人对于一切专制可能性的敏感和戒备，来自于英国经验主义和法治主义的"远离激情的理性"（亚里士多德的名言）以及清教徒传统下的人性幽黯与

[1] 马斯泰罗内主编：《当代欧洲政治思想》，第二章《雷蒙·阿隆：民主与极权主义》，黄华光译，社会科学文献出版社1998年版，第23页。

悔罪意识。

3. 民意之外的合法性

强梁者不得其死。

——《老子》

3.1 君主制的混合合法性

韦伯区分了政治合法性的三种类型，有两种是民意及其法律形式之外的“合法性权威”，一是传统式的权威，二是“卡里斯玛式权威”，后者是指一种建立在统治者个人魅力之上而被广泛信服的合法性。后两种是君主制下最常见的合法性基础，但在现代社会随着民主和宪政的发展，其说服力势必不可逆地下降。因此韦伯把建立在民意及其法律形式之上的统治形式称为唯一一种“祛魅”的和“合理”的统治。不过韦伯的分类也是模型意义上的，所谓“卡里斯玛式权威”从来不可能单独存在并有效支撑一个政权。君主制的合法性往往混合了下面三种合法性因素：

一、统治的传统。即时间的经过

二、统治者的个人魅力。包括其征服的成就和荣耀。

三、统治的超验背景。某种“君权神授”或“奉天承运”的神学理论。

“统治的超验背景”意味着君主的权力是一种神圣化的权力。历史上没有一种君主制不借助某种神圣的信仰背景而能续存。这比统治者的个人魅力及其事功更加本质，因为后者不过是超验地位成立的呈堂证据而已，超验地位本身才是结论。而

"统治的传统"恰恰相反，意味着君主制的经验主义性质。就像一切私有财产权的起点最初都是不义，赋予它们合法性的不仅是信仰和理论，而且是传统，是漫长的演进和时间的经过。甚至信仰本身也因为传统才赢得了更强的说服力和更广的流传。英国的普通法传统就是这样一种经验主义的法治道路，"时间"是其中一个核心概念，甚至比先例的原则更为本质。因为先例云云，无非是对时间意义的一种服从。就像"两种权利相遇时，较古老者获胜"这句法谚所彰显的那样。"时间"不仅在宪政的意义上构成一种政治合法性的因素，而且在私法的领域内也构成私人权利的一种合法性根源。假设在法治秩序之前，一切财产都是无主的，所有权的最初来源只可能有一个，那就是占有的顺序和时间。谁先和平地占有，符合正当条件地和持续一定时间地占有，谁就能得到某物的所有权。

先占及其持续时间，甚至也是界定国家主权的几乎唯一的标准，一种彻底经验主义的标准。在国家与国家之间，这一合法性基础甚至是民意合法性的前提。假如两个国家争夺一块土地，两边的民意显然都缺乏意义。如果土地上有原住民，居民们的民意（国际法上关于全民公投的民族自决权理论）又有没有用呢？如果认为有用，就等于承认这块地理所当然地属于目前的居住者。那么凭什么属于他们呢？凭什么属于今天的占有者而不是昨天或未来的占有者呢？这显然也无法诉诸民意去论断，因为"民意"的政治哲学意义，就是任何一群人的民意都不比另一群人的民意更优越。公投的前提是首先承认谁住在那里谁就享有对土地的处分权，即承认先占的原则。

在现代民主制出现之前，君主制的合法性就是这样一种超验背景和经验主义的混合体。任何成熟的君主制都并非完全建立在单纯的暴力之上，它往往依赖暴力立国但在传承中又依靠

这三种合法性因素进行包装和路演。当民意的合法性出现后，就面临一个问题，是不是只有民主的才是合法的？以前的政治合法性是否要一概不予承认？换言之是否一定要改天换地、从头再来？美国革命是一场脱离宗主国的独立战争，未曾遇到这个问题。但法国革命中，这问题就像石头一样尖锐。

有两种截然相反的主张。坚持君主立宪的贡斯当，区分了完全依赖暴力的僭主政体和“被时间和习俗软化和修正了的”的君主制，认为后者在历史上构成了一种心照不宣的统治，和民主选举一样都是具有合法性的统治形式。这种观点在英国构成了宪政主义长期以来在一种混合的合法性背景下得以发展的前提。使英国在光荣革命后形成了一种均衡和有限的主权观，即“国王在议会中”（king in parliament，有时也译为“议会君主制”或“有限君主制”）。真正的主权不在国王本身，也不在单纯的议会至上，而是“国王在议会中”这样一种混合的历史渊源[1]

但在法国，主流的观点来自卢梭，他认为除了建立在个人同意之上的民主制度，其它一切政治权威都是不合法的。卢梭尽管没有具体阐释如何处置那些非法的权威，但在他的精神继承者罗伯斯庇尔那里，答案显然是唯一的，那就是革命和断头台。

因为最初的不义而彻底藐视和否定财产权原则，是现代左翼思想潮流的一个重要起点。这与因最初的不义而否定源远流长的君主传统、否定此种传统下的不完美的经验世界是如出一

① 戴雪在《英宪精义》中提出“议会至上”的学说，成为关于英国宪政的主流观点。但他所说的“议会”，是包括国王、上院和下院三者在内的共同体，其实就是“国王在议会中”。

辙的、时间所带来的合法性价值，很容易被误解为一种“成王败寇”式的对旧体制的辩护和妥协。但承认时间的价值并不意味着放弃制衡的努力，只看英国宪政制度如何从混合的君主制传统中生长出来的，就能发现宪政就是一个制衡与妥协的顽固的渐进过程。相反，对经验主义合法性的完全否定暗含了一种形而上的唯理主义倾向。这种理想化的倾向意味着对经验主义和世俗理性的彻底抛弃，和对个体经验和个体血肉的漠视，最终又回到柏克的那句话：高度抽象化是疯狂行为的温床。

如前述，否定经验主义的合法性，也等于摧毁了民意合法性在主权国家之间存在的前提，摧毁了在私法领域内企图界定个人财产权的基本依据。因为我们找不到民意的边界，英国人可以民主投票决定印度的归属吗？二十个人可以投票决定成立一个共和国吗？民主概念不能回答此类疑问。民主制度在其边界的问题上完全依赖各种经验主义事实，而不依赖于任何人群的民意。事实上，民主制度最大的经验主义基础，就是民族主义。

3.2 权力的人格化

> 是以圣人处无为之事，行不言之教，万物作焉而不辞，生而不有，为而不恃，功成而弗居。夫唯弗居，是以不去。
>
> ——《老子》第二章

1908年清政府颁布宪法大纲，开宗明义第一条便梦想确立大清帝国“万世一系、永永尊戴”的永续帝格。这是始皇以来中国历朝天子求之不得的乌托邦，但在理论上受到儒家“殷革夏命”理论的限制。君主制的“卡里斯玛式权威”是一种与统治者本人高度结合的权威。这是一切民意之外的政治合法性

的致命弱点。因为权威具有身体性而在相当程度上成为一种无法完整继承、完整复制的力量。因此君权的合法性与说服力在代际之间随着时间经过，也有一种递减的相反趋势。这也恰恰显示出“超验背景”的重要。因为信仰背景带来的神圣化可以弥补后代君主权威递减的不足。但在中国，因为这个信仰背景很弱，无法与西方基督教传统相比。因此“君子之泽，三世而斩”，“其兴也勃焉，其亡也忽焉”的历史周期律就不可避免。

因此儒家作为君主制时期的意识形态，理论上是不能允许哪一姓帝王宣称自己“万世一系、永永尊戴”的。这会把君主制根深蒂固的合法性与一家一姓的朝代兴亡捆绑在一起。“儒家革命理论”[1] 类似一种抽象意义上的分权理论，具有某种古典的宪政功能。它的意思就是一种“两权分离”，将作为超验背景的君主制的合法性与一家一姓世俗王朝的政治合法性区分开，并将前者的解释权捆绑在儒家学说上。用宋儒的话说就是“道统”与“政统”的分开，以实现君主制合法性的“超稳定”均衡结构。这样改朝换代在道统的守护者儒家看来，大不了是一次董事会换届。

民主对一个威权递减的专制国家及其领袖的意义，非常类似于法人制度对一家合伙企业及其合伙人的意义。即削弱甚至取消公共权力的身体性，使一个皇帝或一个老板的带着人身性的人格（帝格）与其执掌的国家或企业的人格（国格）分开。只有实现这种对权力的身体性的超越——对君王来说是放弃大部分君权变成混合主权，对老板来说是放弃私人财产权变成法人财产权，才可能赋予一个国家或一家企业以永续性。诉诸民意的合法性转型，其实是一个为权力重塑不坏金身的途径。

---

[1] 参见刘小枫：《儒家革命精神源流考》，上海三联书店2000年版。

“民意”造就了权力的人格化，就像资本造就了企业的人格化。同时也只有“民意”才可能造就权力的人格化。

建立在法人理论上的现代公司制度，是一套赋予企业永续性的方案，甚至使企业的破产也不会对企业制度本身构成挑战。这对绝大多数老板来说是一套最优方案。而君主立宪制度则是赋予一个政权永续性的类似方案。对权力垄断商而言，立宪的精义首先不是用制度去限制在位者的权力，而是将在位者扎根于历史经验当中的合法性基础剥离出来，通过一个人格化的过程得以保存。使历代帝皇的那些“卡里斯玛式权威”(Charisma)的残余部分变成一种“液化气”，易于保存，且可以原封不动地承继下去。

虚君立宪是一种不同于法国革命的处理旧权威的宪政道路。君主立宪制是一种“半人半神”的混合政体，半神的一面是指君主制长时间的超验性背景，它甚至将通过立宪第一次得到书面的、经验主义的承认。半人的一面则是民意基础所确立的政权的世俗化。民主将第一次使国家本身获得一种独立于统治者之外的人格，使国家的合法性离开君皇或任何专制者的身体世系。而君主的帝格也从国家的人格中剥离出来，成为被凝固下来的神圣威权的象征。君主的身体性的权力被规范、被限定，君主与国家开始若即若离，甚至君主的血统与君主的权力也开始若即若离。这就为君主帝格的永续性提供了可能。因为这种帝格不再因其身体性而递减，可以在宪政政体中代代相传。而推翻一个皇帝、否定一种源远流长的传统则成为没有必要的事情，推翻政府（倒阁）就可以了。在民主制度下，任何在位者的过失只是他自己及其权力集团的过失，政治合法性是不坏的金身，不会被糟糕的统治者拉下水去。只要宪政制度不灭，法人化的国格就永远都在。

在立宪主义之外，我们也能看到另外一些促使权力人格化的努力。人类的政治哲学史就是一部逐步化解威权的人身属性的历史，一切努力都是在尝试将权力变成一种与掌权者无关的东西。犹如《西游记》中如来以一只手掌将孙悟空降服，如来的手掌是一种不可受制约、但也不可传承的专制主义力量，就算把这只手砍下来你自己也成不了如来。但假设如来把这种力量抽象出来，放入一件法宝，用这件法宝来降服孙悟空。那么只要将这件法宝抢过来，这件法宝就能反过来制约如来。那么这件法宝就是一种"虚君立宪"的力量了，有点像戏文里包公的龙头铡。包拯的龙头铡传说中可以上斩昏君，这种高于君王的力量在戏文中甚至得到了包括君上在内整个朝廷的默认。中国古代有大量脍炙人口的龙头铡或尚方宝剑的故事，其寓意正代表着中国民间社会对于钳制在位君王的宪政梦，和一种唯一的、可怜的思路。

这个思路是将附属在君王身上的威权从易朽的人身当中抽出来，注入一些不易朽的器物或语录之中，使威权具有超越于人身之上的先验性及人格属性。如龙头铡是将合法性从先代君主的敕令中抽出来，实体化后交到一个司法官员手上，变成一种"宪政"的技术。再如镌刻着"受命于天，既寿永昌"的秦玺，在中国历史上相当一段时间被君王沿用，就曾形成过某种超越统治者之上的象征性威权。这种跨代的沿用代表着对君权的剥离。如果一位君王认为他的威权是完全自足的，与自己身体合而为一，他就不会计较有无这块玉玺。但秦玺在事实上的沿用，使君王威权的合法性具有了一种先他而在的传统。秦玺成为这种道统的图腾。在这种扎根于历史经验的图腾面前，后代君王的威权开始被削弱，矮了半截。一个拥有秦玺的君主候选人，等于拥有了历代君王遗赠的合法性遗产。因此这块玉玺

历经天命辗转，直至隋唐，都曾被普遍视为一个跨朝代的政治合法性标志。以至于东汉末年孙坚一得到它，就立刻背叛讨董联盟，萌发南面称帝的决心。不过在一种主要凭借暴力的统治模式面前，这种类似LOGO的合法性道具是极其脆弱的，它的权力人格化的方向有一大半只不过是文学性的比附，是锦上添花的东西。就像太后的哕明和皇后的枕边风也曾偶然的起过"宪政"的功能一样，远不是一种制度化的约束力量。到了明弘治年间，还有人进献失传的秦玺。但经过大臣规劝，从此被帝皇弃捐不用。

4. "罪己诏"和孔多塞定理

民意的合法性还将导致政治责任的一个转向，成为一种能将统治者的劣行对政治的伤害降到最小程度的政体模式。宪政不仅意味着政府是一个权力"有限"的政府，也意味着政府是一个责任"有限"的政府。如中国古时一遇灾变，皇帝总要出来大包大揽，说"四方有罪，罪在朕躬"。皇帝下诏自我批评一番，历史上称为"罪己诏"。这与现代民主政府是大有区分的。权力如果牢牢扎根在地上（民意），统治者、被统治者就可以一道仰首看天象更迭、流星乱坠，并没有什么政治负担。但权力如果来自于"天上"，掌权者就会顿失颜色，就必须向老百姓提供天象异端和国家权力之关系的合理化解释。

任何一种神权政治，必有某种特别的合法性风险，"奉天承运"意味着好运、厄运都要一并承担。据统计，由于汉一代灾变不断，仅《汉书》里记载皇帝颁布"罪己诏"就多达33次。在整个史上都是罕见的。颁布"罪己诏"是为了政治稳定

而不得不为之。从现实的统治利益说，罪己诏的好处是给天兆灾变以肯定性的解释，让百姓心有所安，不致有末世论的恐慌弥漫。从“合法性”的高度说，则是压力与机会同在。在天道与治道互动的传统下，皇帝主动找几条罪名来自我检讨，是为了免除更严重的解释，并垄断对灾变的解释权和归罪资格。这是压力。但另一面罪己诏也是对天命归属的一次验证和重申。我是天子，发生瘟疫自然是我的罪过。抢先一步申明发瘟疫是我的过犯，这倒恰好证明了我果然是天子。担当天灾的责任和证明统治者的神圣权威是一致的。若不信他就没有责任可言，若信了，就等于承认这个人不是人，是高于我们的、有着代表权柄的统治者。这解释了为何汉一代“罪己诏”如此频繁。因为汉政权起于大泽，在贵族政治的废墟上冒出来，对君权的超验性有着如饥似渴的需求。罪己诏不是对合法性的削弱，首先是对合法性的反复强调和巩固。在并不致命的灾变面前，“罪己”其实也是一种政治投机。一种看似谦逊却更加有效的办法，不是大叫“我有权”，而是一口一个“我有罪”，以此显示君王的超验权位。

罪己诏的前提，是承认“天意”为最高政治权力的来源。皇冠是从天而降的，灾变也是从天而降的，上天的又爱又恨在逻辑上就有了矛盾。而罪己诏则大事化小、避重就轻，努力对源于“天道”的政治合法性进行修复。但这种投机风险也颇高，当初宋神宗宣布变法后，天下大旱了一年。政治责任的压力过大，于是神宗下诏罪己，并减膳作为自我惩罚，声称天不下雨就不吃饭。这是中国史上唯一一次为了政治体制改革，连政治合法性都豁出去抵押了。

民主制度与君主制的区别，首先不在总统与皇帝的权力相较，甚至也不在权力是否受到了制约，而在于民主制度把政治

权力的来源从“天意”降为了“民意”，这一降“罪己诏”就降没了。天上下刀子也罢，下金子也好，都再与世俗政治无关。天灾就是天灾，人祸就是人祸，从此一刀两断。瘟疫本身成为一种“公共卫生危机”，而不是公共政治危机。只有瘟疫中的人祸才属于政治的责任范围。因此民主政治也才被称为责任政治。只有当统治的合法性不来自于超验权柄，政治才在根本上可以界定责任。从这个角度看，民意合法性的转型，对政府的政治责任和风险其实是一种保护和有限的豁免。

但是仅将“天意”降为“民意”，责任政治仍然不可能。一旦落入“主权在民”，而人民却是一个整全概念，作为整全概念的人民既然是最高权力的来源，那么在人祸的范围内，可不可以追究“人民”的责任呢？有一种流行的观念，说民主制度下“人民”就是“皇帝”。其实从合法性的角度看，在“人民主权”论下替代皇帝的只是总统或总理，人民不是代替皇帝，而是代替了“天”，“民意”则代替了“天意”。这显示出一种完整的主权观可能具有的政治哲学上的风险。在天灾面前皇帝可以罪己，但不可以罪“天”，因为权力的最高来源是不能为非的。如果民主制下“民意”被拔高成为这个最高来源，就直接推导出一个相似的结论，即“人民（或议会）绝不可能为非”。

天若有罪，君主制的正当性就将彻底失去。民若有错，那民主制度的正当性也会被釜底抽薪。当古代雅典的公民大会或大陪审团决定处死一个公民的时候，在单纯的民主观下我们无力对“民意”进行质疑。因为“人民”是不可能犯罪的，也不可能被高于人民之外的权威惩罚。于是直接被“人民”处死的人再冤枉也活该。由此可知，绝对的“民主”概念即建立在平等之上的多数投票原则如果成为政治制度中唯一或者最高的原

则，那么民主政治说到底也是一种不负责任的政治。民主之上必须还有更高的能够制衡它的价值，即获得超验支撑的、在先的个人权利。

民意到底可不可能为错呢？在哈耶克对市场原则的论述中有一个著名的知识分工理论。每一资源配置的场合，资源或说财产如何配置才能实现效用最大化？和这个问题相关的所有知识（信息）是高度分散在契约当事人、甚至分散在其它相关利益群体那里的。市场上的知识是高度私人化的，比如我是否真需要这个东西以及我的时间、财产和心理等各种制约条件，这些信息没有人会比我更了解。也不可能有人搜集到一笔交易所需要的全部知识。当然也更没有必要花费高昂的代价去搜集这些知识，以便让一个政府或中枢的决策者去代替人们进行交易。哈耶克说，这种知识的分立状态决定了只有建立在私有产权和契约自由之上的市场方式，才是最佳的资源配置方式。任何在根本上用集权化的决策方式来代替分散化市场交易的念头，首先在智力上是极度狂妄和疯癫的。

因此在涉及私人权益的场合，我们几乎可以说，分散的"民意"绝对正确。每个人都是他自身利益的最佳的判断者。市场经济体制本质上是一种最民主的投票机制，人们投的不是选票，而是钞票。每一个企业、每一种商品的命运，都是"人民"用每一张价值平等的钞票，以完全独立和分散的个人选择，以绝对的少数服从多数的原则去表决的。

但是公共领域却并不存在这种私人知识的分工。相同的道理，私人性越强的事项，知识的分散化程度越高。而公共性越强的事项知识的集中化程度越高，可能集中在各类各领域的专家和精英团队那里。在判断自己的利益时，每个人都是最佳的。在判断一种公共利益时，就不可能每个人都最佳。一件需

要民主决策的事情，越是距离自己的切身利益较远，每个人的判断就越是大相径庭，高下智愚之分就是一个明显的事实，"真理掌握在少数人手中"的情形也越有可能出现。承认这一点是在政治上抵抗民粹主义和反智主义的要害。这时经过民主原则汇集起来的"民意"，少数人的最佳意见完全可能被另一群人的意见甚至是最差意见所抵消，这使得民主政治的智慧水准好像木桶理论，木桶能装多少水，倒是由最短的那块木板决定的。投票的结果可能不是"三个臭皮匠，顶个诸葛亮"，而是用一个臭皮匠干掉一个诸葛亮，另外两个臭皮匠成为决定因素。

有一个用概率来考察民意结果的著名的"孔多塞定理"。这个定理先做了一个乐观的假设，即某一集团的成员在两个候选方案中选择较佳方案的概率平均高于二分之一。如果每个成员独立投票，那么民主表决选择较佳方案的概率，将随着人数增加而增加，人越多就越是无限接近于一。这让人很振奋，得出人越多越民主的结论。但假设每个成员选择较佳方案的平均概率低于二分之一，那就相反，人越多，集体表决选择较佳方案的概率就越低，无限接近于零[1]。

这个定理可能带来几重启示。

第一，民主的主要价值是一种程序上的政治正确，不一定是实体上的结果正确。

就算大部分民众的选择可能受到无知、偏见和激情的驱使，但少数自以为正确的精英除了诉诸民主程序和温和的说服外，没有任何权力强制民众和反对派接受他们的意见和专制。

[1] 可参考季卫东对这个问题的分析。季卫东：《宪政新论》，北京大学出版社2002年版。

更不可能获得其它的验证自身正确的途径。可以假设有一种意见是正确的，但这种正确到底属于哪一个群体，则是一个超验的问题。在人类理性的范围内我们只能靠依赖民意来做基本的选择，因为一项公共选择除了是否“正确”之外，更重要的是能否得到民众的广泛认同和支持。或者说在政治的意义上，得到认同的决策才是正确的决策。唯一的正确就是政治上的正确，这本身就是政治合法性概念的深层含义。政治正确的意思就是承认民意合法性的残缺，在超验的价值之下敢于承担集体责任。历史经验给我们的观察是，专制的风险总是比民主更大。为了得到这种程序性的政治正确，得到决策的一种民意合法性，政治制度必须随时准备付出必要的代价。

第二，在民主制度之外，必须要有能够促使“每个成员选择较佳方案的平均概率高于二分之一”的机会。这个机会将由言论、集会、结社、组党等自由来提供。因此言论自由比民主程序更重要。

如果根据优秀的总是少数的这一日常经验，假设针对公共问题的各种意见人群呈一个从优到劣的金字塔结构，那么如果少数人没有足够的自由和手段去影响多数人，民主投票的结果就可能真的成为木桶理论，在政治智慧上和任何精英统治相比可能使之下降，却无可能使之提升。当年梁启超曾对这一民主的投票困境感到矛盾，他承认人人都是平等的，又坚持认为受过高等教育的人应该比普通民众多投一票。英国在1918年到1949年之间，也曾实行过“有产者和高级知识分子”的双重选票制[①]。但这是一个会直接伤害甚至摧毁民意合法性的馊主意，随着民主化的发展必将被摒弃。较好的方式是保持平等的

① 钟群：《比较宪政史研究》，贵州人民出版社2003年版，第12页。

投票权和民主原则，但在正式制度以外通过宪政主义保障思想、信仰、表达和新闻的自由，保障结社、集会、示威的行动自由，以此来创造一个形成“重叠共识”的公共空间．在民主投票之前和之外，通过意见人群的的交流和说服，使各种精英人群对民众的影响力在自由竞争中成倍的扩张。这就等于各种精英意见有机会多投一票、百票。但这种效果是在一个“观念市场”上公平竞争的结果，是对民意合法性的合理利用和引导，而不是一种否定．因此更加强调平等原则的自由主义学者罗尔斯，在他的《正义论》中也坚持这样认为：

一个民主政权，必须以言论、集会、思想和良心的自由为先决条件。

第三，民主原则必须被限制在一定范围，以减少民意合法性的制度代价。

在民主制度中，既然人民被视为政治权力的合法性来源，这个来源就不能做错事。这只靠保障言论与结社等自由空间还不够，因为民意具有反复无常的非理性特征，舆论对民意的引导本身也是一柄双刃剑。一个典型的例子是乌克兰在1991年举行的两次“全民公投”，当年3月的公投中，70．2%的投票反对独立。而当年12月的公投中，90．3%的人却赞同独立，结果之悬殊令人瞠目

重要的是不能让“人民”有做错事的机会　从这一点看任何“直接民主”的扩张都是危险的。人民可以直接投票选举一个领袖，领袖若做错事由他自己负责，不能说“人民”选错了。但如果人民直接投票判一个人死刑或作一个具体行政决策，那么若是错了便是错了，不可能把责任推到任何人身上去代“人民”受过。因此直接民主的最大危险是早晚要毁掉民主制度的正当性。“人民”作为一个政治概念，必须大象无形，

大音希声。"国之利器不可以示人"（《老子》）。必须经过代议制度来限制民意的可欲范围，又通过三权分立来限制议会的代表权柄。因为议会是人民的代表，依此类推也是不能为非，也不能受罚的。"人民"必须无为方能无不为，所谓"贵而无位，高而无民"（《易经·文言》），防止政治走向"亢龙有悔"。最终在分权制衡下的制度下，诞生出真正的责任政治。

梁启超曾言，"君主无责任也，君主神圣不可侵犯也。惟其无责任，故可以不侵犯；惟其不可侵犯，故不可以有责任。"所以"必君主无责任，然后可以责诸大臣"[1]。君主若是行政上的最高首脑，不但要为"天灾"承认责任，也要为"人祸"即政治过错承担责任。过错如果大了，颁罪己诏也是不管用，最终可能招致王朝颠覆。所以若想政权稳定，君主就不能做行政首脑。英国到1689年的《权利法案》为止，最终确立议会至上的原则，逐渐形成了"国王统而不治"和"国王不能为非"的宪法惯例。这两者之间是相辅相成的，不能为非的前提是统而不治，做到统而不治才敢说不能为非。这不仅是限制了王权，其实也通过权力的人格化首先保全了王权。到后来的《王位继承法》，规定王位继承须经议会批准，等于把君权"收归国有"。被国有化了的王权，是最小化的王权，但也因此是最稳固、最天长地久的王权。

如在1882年，德国宰相俾斯麦曾经恳请德皇下诏，以自固其位，反对党首领立刻在议院指责他自卸责任，"而以皇室为怨府"。俾斯麦大失民望，不久便被倒阁。1901年日本的伊藤内阁也因为贵族院反对议院提案，而请求天皇下手谕进行劝解。日本举国沸腾，指责首相违犯宪法，一一而假皇权以自重，

---

① 《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年1月版。

一面陷皇权于危地。数日后伊藤博文便被迫辞职。一方面，民意合法性豁免了政治对天灾的责任；另一方面，宪政制度也用分权的方式豁免了议会和人民的无限责任。有的国家在议会之下（英、德）、有的在议会之旁（美国）搭建政府，但均由行政首脑或实位的元首来承担最高的政治责任。行政首脑为一切政治过错承担最终政治责任，使偶然的政治过错不会对政治权力的合法性来源构成伤害。部分非君主制国家还在可能被颠覆的责任政府之上单独设立虚位元首，类似于虚君立宪国家的君主，来作为最高权力的人格化象征。套用梁启超的话说，“必元首无责任，然后可以责诸内阁”。

在立宪主义实现合法性转型的历史上，一种是民意彻底替代天意的情形，一种则是天道、历史与民意混合均衡的情形。如君主立宪制，保留君主意味着承认神权或天道的超验传统，但限制君权又意味着民意对代表权柄的否定。如果君权真来自于天，民意将凭借什么理由去加以限制呢。所以君宪的实质还是以民意为本的，“天道”的沿袭不过是一种经验主义传统的历史象征和政治仪式，以及超验主义的个人价值源泉的证据。“君主”并不真对天灾负责，更不用对人祸负责。以英国和英联邦国家为代表的虚君共和政体，非常鲜明的包含着宪政主义的混合政体思想，即接受政治合法性的混合状态，而不强求民意合法性的纯洁性。表面上看是对政治的超验权柄的接纳，事实上反映出立宪主义的经验主义智慧。

5. 人民主权和直接民主

国之利器，不可以示人。

——《老子》第三十六章

5.1 "议会主权"与人民主权

"直接民主"是源自古代雅典的一个传统，指人民直接参与国家管理和公共决策、并反对作为中介的政党政治的一种民主理想。卢梭作为古典共和传统的崇拜者，他的民主理论中突出展现了某种直接民主的梦想。他嘲笑英国的代议制度，说英国人民只有在选举议员的时候是自由的，选举一旦完成，他们就回到被奴役的状态。但直接民主的理想在现实中显然要受制于人数的规模。在相反的立场里，麦迪逊也针锋相对地嘲笑过雅典的直接民主，他说：

在众多的集会中，激情必将夺取理智的至高权威，在雅典6000人的公民大会上，即便每个人都是苏格拉底，公民大会也只可能是一群乌合之众[1]。

麦迪逊给了共和制一个崭新的定义，"共和制度就是代议制"。甚至对议会的规模也表示出了顾虑。他强调说一个共和国无论如何小，代表人数必须达到一定数目，以防止结党图谋。而一个共和国无论如何巨型，代表人数也必须控制在一定数量，以保证理性和有效率的讨论。他认为理想的上限不应超

[1] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》第55章，程逢如等译，商务印书馆1981年版。

过600人。议员一旦超过这个数量，每增加一名议员就会阻碍代议制的目的，它使代议制的外貌看上去似乎更民主，事实上却因为盲从和非理性而更接近于寡头政治[①]。这一关于议会规模上限的断言，从历史经验上看似乎是比较合理的，因为全世界宪政国家中的大国议员人数也的确多控制在600人以内。1912年中华民国的第一届众议院，是人类历史上规模最大的议院，议员一共是596人。不过加上参议院，总人数接近800人，史称“八百罗汉”。

与直接民主理念迥异的代议制度，产生于第一个宪政国家英国。英国宪制发展出了两个对宪政主义至关重要的原则，一是“议会主权”（巴力门主权，sovereignty of parliament）原则。这一原则在早先等级会议与王权的角力中逐渐确立，在政治哲学上得到了洛克的大力辩护，并最终经由公法学家戴雪给予了完整的阐述。在英国，议会主权成为与“主权在君”原则对应的广义上的“人民主权”（popular sovereignty）理论的一种具体化。尽管洛克在他的著述中并没有直接提出“人民主权”这一概念，但主权在民的思路也是洛克社会契约论的题中之意。与卢梭不同的是，在洛克看来人民主权的具体形式是而且必须是“议会主权”。这种与君权思想相对立的、作为一切现代宪政民主国家民意合法性基础的“人民主权”理论，我称之为“广义上的人民主权”。而卢梭意义上的认为主权不可被代表、不可被分割的人民主权观念，我称之为“狭义上的人民主权”。

---

① 参见汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1998年版，及奥斯特罗姆《复合共和制的政治理论》，上海三联书店1999年6月版。如上海市人大的代表数，超过美国参众两院议员的总和还多300余人。第十届全国人大的代表人数为2985人。这更接近于希腊直接民主下的公民大会（6000人）的性质，即因为规模的限制而不可能进行全体的有效讨论。

根据戴雪的阐释，英国的“议会主权”包含了三项基本原则[1]：

一、巴力门（议会）可以制定任何法律，

二、宪法和法律之间并没有区别，

三、没有任何人可以宣称巴力门通过的法案无效。

有一句更俏皮的话说，在英国，议会除了不能把男人变成女人之外，是无所不能的。这是前述民意合法性彻底替代天道的结果。一方面，通过“议会主权”的确立，使“人民主权”获得了一种精英化的、足以与君主主权相抗衡的直观形式。尽管戴雪也强调议会主权的绝对性，即“议会主权是指议会有权力制订或废止任何法律案，而且没有任何个人或机构可以合法的排斥或拒绝议会的立法权”[2]。但议会主权的核心并不是议会掌有最高立法权，而是议会被人民授权拥有“开始、改变或终止政府”的权力[3]。议会是代表人民掌握最高的政治权力。这与广义上的人民主权理论并无冲突。另一方面，民意合法性暗含的危险，在英国主要通过虚君的传统和法治原则得到了化解。具有自然法超验预设的“法治”原则构成了对议会主权的审视和限制。这样，法治原则、虚君立宪和议会主权一道，将卢梭式“人民主权”理论当中的民粹主义和民族主义倾向，以及直接民主容易滑向极权主义的危险剔出去，在民主与共和的精神之间求得了一种均衡。

绝对的“议会主权”原则，与英国特殊的虚君立宪的道路

---

① 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年4月版。

② 参见杨永明：《民主主权：政治理论中主权概念之演变与权理论新取向》，《台大政治科论卷》，第七期，民八十五年六月，第125～156页。

③ 参见杨永明：《民主主权：政治理论中主权概念之演变与权理论新取向》，《台大政治科论卷》第七期，1996年6月版，第125～156页。

有关，在现代已有所削弱。但在其它多数受其影响的代议制国家，议会主权的程度也与戴雪的阐述有相当的差别。如美国的立宪，因为君主是被一场战争一劳永逸赶走的，而不是被一个强有力的议会逐步压制下去的，所以“议会主权”原则没有历史形成的机会，也不可能在当时构成促使独立战争合法化的理由。相反，广义上的“人民主权”理论才是美国革命和立宪的价值预设及一面革命性的旗帜，体现为美国宪法前言中的第一个短语——“我们人民”。另一方面法治原则被承继下来，并在美国发展为现代宪政主义的重要制衡手段——违宪审查制度。这使英国宪制中议会至上的特点转变为美国宪制中的司法至上。众所周知，美国宪政是较严格依照三权分立的模式建立起来的，美国接受了代议制的间接民主方式，但并没有接受“议会主权”的理论而使人民主权的概念得以膨胀。“人民主权”理论的危险性主要通过分权制衡原则得到化解。一是政府制衡原则（Government of Checks and Balances），即通常所说的三权分立。另一个是联邦分权原则（Federal System of Division of Powers），即麦迪逊所讲的复合的共和制。

第二是同样由戴雪给予了完整阐述的法治原则（rule of law）。尽管将抽象的“人民主权”落实为了“议会主权”，洛克的审慎使他仍不愿接受“绝对主权”的立场，他警惕其中的民粹主义和国家主义的势头。洛克认为主权必须是有限的和相对的，主权者作为立法者，必须服从于更高的法律（自然法）和原则。这个在先于主权者的先验原则是不受政治国家和群体侵犯的自由和财产。所谓主权者不过是这些个人权利愿意托付之的受托人。如哈耶克曾推崇过的西塞罗那句名言，“为了自由，我们才服从法律”。在戴雪对“法治”概念进行的三重阐

述上，他的第三重阐述是对这句名言的最好注脚[1]。戴雪认为，“我们已有的宪法性法律不是个人权利的来源，而是其结果，并且是由法院来界定的”。英国的法治原则不同于德国由康德而始的“法治国”理想[2]，区别正在于此。英国的普通法法治为任何意义上的人治（人民之治）高悬了一个价值标准及其法律形式，它没有将“人民之治”终极化和无限拔高，将人民的“意志”在政治哲学上神圣化，唯从这里出发才有立宪主义的制度成就。而德国“法治国”的理想只是“依法治国”[3]，只是确立了作为统治手段的法律形式，它从实证主义的角度将法律定义为主权者的“意志”，不承认超越在这个意志之先的价值预设或认为这样的预设即使有也是第二位的。这样依法治国的主体即主权者（无论是人民还是君王）是一个完满自足的存在，绝不可能为非的。这样的国家观是宪政主义的反面。实证主义法学放弃法律对政治的审视，迷恋行政法的程序性而否定宪法的价值约束。但所谓全民的“意志”说和国家的理性说，都并非是完全实证主义的，它事实上包含了一种未经审视的价值预设，即民族主义和国家权威的绝对正当性。由此造成

---

① 这段著名的阐述出自戴雪《宪法性法律研究导言》。参见夏勇：《法治是什么》，载《公法》第二卷，法律出版社2000年12月版。

② 普遍认为是康德第一次对“法治国”概念做了一个经典表述，“国家是人们以法律为根据的联合”。见康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆1991年版，第139页。参见博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第73页。

③ 学界有一种意见承认和强调英国“法治”传统与德国的“法治国”传统存在上述差别，另一种意见则认为这种区别被夸大了。前者参见刘军宁：《从法治到法治国》，载《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年12月版。后者参见郑永流：《德国“法治国”思想和制度的起源与变迁》，载《公法》第二卷，法律出版社2000年12月版。

欧陆的主要国家（法、德、意）在原发性的宪政制度上都是失败的，若没有英美的一支，二战已成为欧洲法治文明的终点。

尽管“议会主权”作为一种特殊的主权理论，被视为英国宪政的独特之处。但以此为基础的代议制度和通过代议建立起的议会与主权者之间的委托关系，却成为了几乎所有代议制民主国家所奉行的宪政原则。即人民主权必须通过代议制度获得实现[1]。

英国在1689年“光荣革命”后，原先作为咨政机关偶尔召开的等级会议，转为作为主权者的常设议会。因为议会常设，代议士开始职业化。一般代议制国家的议会均为常设机关，可以自行集会。梁启超曾将国会是否自行集会和会期长短视为立法权与行政权之关系的一大关键[2]。1911年中华民国的《临时约法》即规定“参议院得自行开会、集会和闭会”。现代各国则多由宪法直接规定议会开会期间，一般亦均在4月以上，如美国国会会期是12个月（两年内），日本国会是150天（1年内），英国议会是7个月（1年内），德国国会是25周（1年内），印度国会每年也不少于4个月[3]。议会会期并可由议会自行决定延长。如美国国会的最长年会记录曾达到了365天（1941年）。1923年《中华民国宪法》规定国会常会会期为4个月，从每年8月1日始，并可以延长至8个月。现代社会随着议会立法工作和监督政府的职能越发沉重，其专业性程度也

---

[1] 在卢梭式人民主权理论起源的法国，其1958年宪法第3章也规定，“国家主权属于人民，人民通过其代表和复决方式来行使这一主权”。

[2] 参见梁启超：《宪法的三大精神》，载《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年1月版。

[3] 参见何鹏程：《专职代表制与我国人民代表大会制度的完善》，载《人大研究》2001年第11期（总第119期）。

不断加深。目前实行代议制民主的国家其代议士都是专职化的[①]。这几乎成为代议制民主不可或缺的特征。所谓代议士的专职化有两层含义，一是代议士的常任制。这种常任制与议会的常设[②]相一致，经选举充当代议士是代议士的主要工作。并为保障这种全职性，代议士应当从代议工作中获得报酬[③]。二是代议士的兼职禁止。基于分权制衡的理由，代议士一般不应担任政府职务（在议会内阁制中，为沟通内阁和议会的合作，阁员通常可由议员担任）。在现代社会，因为商业利益与公共政策取向的密切关系，多数国家也开始禁止议员兼任企业职务。

代议士的专职化倾向，与代议制民主的产生及英国的"议会主权"理论有密切的关联。一些国家之所以长期实行议会非常设和代议士非专职制度（如我国全国人民代表大会每年会期一般为15天，仅有常委会部分成员实行常任制），则与"议行合一"的传统政治理论，卢梭式的"人民主权"理论及直接民主的观念存在勾连。

5.2　直接民主与人民主权

英国式的"议会主权"偏向共和主义的精英传统，以间接民主制的"代议制"为载体。并在法治原则的制衡下，体现出

---

① 参见蒋劲松《美英法德瑞以六国议会议员专职化》，载《人大研究》2001年第10期。

② 参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，商务印书馆1999年11月版。

③ 如德国《基本法》第48章第3节规定，"议员应有权获得合适补偿，以保障其独立性"。到1979年，众议院的薪水达到创纪录的6.9万美元，远超过其他欧洲国家。参见张千帆：《西方宪政体系》（下），中国政法大学出版社2001年5月版，第225页。法国的第五共和国宪法亦明确授权应由组织法决定议员的薪水。

精英民主或自由民主的精神。今天几乎所有立宪国家都是代议制的和间接民主的，即便直接民主色彩和传统较浓厚的瑞士，在整体上也是代议制民主。代议制民主一面依赖民意的合法性，一面剔除了直接民主的幻想色彩和多数人暴政的危险，为宪政主义的分权思路和混合均衡思路提供了可能。代议制民主也因此构成了宪政主义的一个基础。

代议制的精英主义倾向是很明显的，承认政治秩序在本质上是一种精英秩序，这也是宪政主义的一种现实的或经验主义的立场。民意合法性仅仅意味着第一，政治精英是身份开放的，不是特殊材料做成的；第二，政治精英取得权力资格必须得到民意的确认，不能口含天宪或身怀利器。推崇精英民主论的经济学家熊彼得认为，“民主并不是指、也不可能是指按照‘人民’和‘统治’这两个词的表面意思，说真的是人民在那里统治的意思”。因此他给民主的定义是典型的代议制民主的定义：“民主方法是为了达成政治决定的一种制度上的安排，在这种安排中某些人通过竞取人民的选票，而得到做出决定的权力。”[①]

当代法国思想家阿隆在他的名著《民主与极权主义》中也认为，任何制度在一定程度上都是寡头统治。“明确的精英主义倾向”是他的政治理论的四个支柱之一。他说[②]：

政治的实质是，决定是“为了”集体而不是“由”集体做出的　决定不可能由大家做出。人民主权不意味着人民大众自

---

① 顾昕：《以社会制约权力——托克维尔、达尔的理论和公民社会》，载《市场逻辑与国家观念》，三联书店1995年版，第153页。

② 马斯泰罗内主编：《当代欧洲政治思想》，第二章《雷蒙·阿隆：民主与极权主义》，黄华光译，社会科学文献出版社1998年版，第25页。

己直接做出有关公共财政或外交政策的决定。把现代民主制度比做人民自己管理自己的一种不可实现的理想制度，是荒谬的。

主要由卢梭予以阐述的狭义上的"人民主权"观，正是这样一种被阿隆视为"荒谬的"的民主观，也是反宪政的民主观和主权观。它导向对本意上的"民主"概念的无限推崇，含有民粹主义的倾向，和程度不一的排斥和藐视代议制度的"直接民主"观有着深厚的渊源。他的立场在一些欧陆国家的革命实践中得到了充分的体现。在卢梭式的理论中，人民主权是一个绝对化因而空洞化的概念。卢梭提出了一个介于绝对的直接民主和英国议会民主之间的方案，这个方案将政府定位为主权者意志（公意）的执行机构。并主张政府行为须受主权者的严密监控，主权者不仅是政府权力的来源，而且可以直接干预具体的政府行为[①]。他认为这样可以避开"议会清谈馆"的拖拖拉拉。这个观点的要害，一是否定权力制衡，而使主权者直接干预权力的行使，二是一面将"公意"置于永远正确的至高无上的超验地位，一面又使人民直接的、频繁的陷入可能"为非"的处境当中。这就在纯粹民主和极权主义之间拉上了关系。后来德国的康德受到了卢梭公意概念和人民主权思想的重大影响，卢梭使康德从一个精英主义者转变成崇尚民众力量和抽象人民概念的民主主义者。而康德的哲学立场又使人民主权的概念更加唯理化，越发的包含了极权主义和国家主义的因素。康德认为，"在任何情况下，人民如果抗拒最高立法权，都是不

---

① 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1980 年版。对卢梭主张的综述参见胡位钧：《人民主权原则的思想内涵及其合理定位》，载《江淮论坛》2002 年第 3 期。

合法的"。"人民有义务容忍最高立法权的任意滥用，即使觉得这种滥用是不可忍受的"①。这和卢梭对"公意"的绝对化是如出一辙的。这种缺乏议会主权和代议制民主作为坚实中介的、没有缺口的国家主权思想，极易从大而无当的"人民"直接跳到对独裁者或寡头体制的迷恋。这种倾向到纳粹法学家施米特那里达到一个极端。施米特认为自由主义宪政伤害了国家的力量因此推崇领袖的决断力。他认同戈林的名言，"法律和元首的意志是一回事"，甚至认为"元首在危急关头利用元首地位，作为最高法官直接创制法律……就是在维护法律"②。

无限推崇"公意"或民意的另一个结果，是将法律完全视为主权者的"意志"。这在本质上是一种反法治的倾向。在宪政科学的框架内，民意主要是为政治提供合法性，不是为法律提供合法性。法律固然需要来自民意的承认，但这种承认主要是程序意义上的。法治主义的传统本身包含着高于民意、高于任何主权者的价值内核，是法治的价值传统而不是一时一地的民意，才是衡量良法或恶法的标准。法治是宪政制度中与分权理论同等重要的一种制衡力量，对抽象民意的绝对化等于釜底抽薪的取消了这种力量。

如前述，"民意"本身也非价值中立的，民意是以民族集团为单位的公意，民意的神圣化本质上是民族主义的神圣化。因此极端民主不仅可能暗示着专制，也可能暗示着极端民族主义。在宪政制度中，接纳民意合法性的基础也等于有限度的接

① 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第148页。

② 郑永流：《德国"法治国"思想和制度的起源与变迁》，《公法》第二卷，法律出版社2000年12月版，第66页。

纳民族主义的正当性诉求。这对后进国家来说，意味着宪政制度和民族国家的双重目标在相当程度上是重合的，或者用立宪主义的术语说，是混合均衡的，是审慎而温和的。

尽管直接民主在政体的意义上被宪政主义所否定，但并不排除一些直接民主的具体手段在代议制下，也可有分寸的被接纳为一种宪政的技术。如在重大宪法变革事项中诉诸于“全民公决”的做法，20世纪中期以来随着民主化的进程开始被许多国家接受。即便古典宪政主义传统如此深厚的英国，也在诸如北爱尔兰的独立问题、是否留在欧共体内、缔结《马斯特里赫特条约》等事项上多次采用或允许使用“全民公决”的直接民主手段。不过诉之全民公决仍然是一种需要十分审慎的技术，从英国的经验看，“公决”主要都在否定性的意义上使用，即由全民投票来决定是否改变一个既成的强大事实，如北爱是否不再属于英国，英国是否不再留在欧共体内。对否定性设问的公决，一般而言比肯定性的设问需要更强烈的民意支撑。因此“全民公决”在这里，可能意味着一种比经过议会斗争通过一项动议的难度系数更高的方式。一种直接民主的手段，在特殊时候可以作为一种宪政意义上的制衡手段来使用。借助直接民意的难以控制去制衡政府、议会或反对派内少数政治家的激进意图。这一点，是英国“全民公决”实践与其它一些宪政传统较弱的国家频频实行的“公决”不太一样的微妙之处。

5.3 “议行合一”与直接民主

卢梭的主要思路（反对议会民主、保留直接民主色彩和崇尚抽象化的人民主权）被马克思、恩格斯在《法兰西内战》一书中接受，成为以后“议行合一”观念的源头。在对苏维埃政权的建制思考中，列宁提出了不同于英美议会民主的人民代表

制。他认为，“摆脱议会制的出路……在于把代表机构由‘清谈馆’变为工作机关”[1]。后来，这种议行合一的反代议制的“人民主权”思路，一度成为前苏东国家奉行的金科玉律。“议行合一”的观念不满足于民意的政治合法性意义，而崇尚尽量让人民直接参政决政的直接民主思路。这种思路也体现了推崇公共政治生活的古典共和主义传统。以我国宪法第二条为例：

中华人民共和国的一切权力属于人民，人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。

人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务。

这里，全国人民代表大会是作为整体和抽象意义上的“人民”直接行使国家权力的机关。代议制度在宪法文本的描述中只是工具性的，议会作为主权受托人的概念没有体现出来。从接下来的第二款看，代议制度不仅被降为工具，而且被降为工具之一。卢梭式人民主权观和议行合一的“直接民主”色彩较为明显。这也是我国长期以来不将全国人大称为“议会”的原因之一，也是人大代表选举的“镜象说”在宪法上的理论来源。

所谓“镜象说”，是指在议行合一的人民主权思路下，“人民代表”不是被视为人民的受托人，而是与其他来自普通群众中的人民代表一道，在整体上构成了一种直接民主式的象征和微缩景观。所谓“选举”严格说并非一个产生代议士的委托过程，而类似于一个分配中奖名额的过程。就如因为只有一个去欧洲旅游的名额所以必须从十个人中选举一个出来。选举的效

[1] 中共中央编译局马恩著作翻译室编：《列宁论政治和政治制度》，群众出版社1984年版，第524页。

果要使议会像一个真实社会的“缩影”，里面有工人，有农民，有体育运动员、作家和军人等。在间接民主的思路下，代议上要求是精英化的。而在议行合一的直接民主模式下，却不需要甚至恰恰必须反对这种精英化（或职业化）。因为这将破坏代议机关作为社会镜象的象征性，例如社会上并非每个人都是律师，如果人民代表中有大大超出人口比例的律师，岂不是叫做“缺乏代表性”？似乎只有当全国人大的会场坐满了将军、官员、企业家和歌星，我们才的确看见了整个社会具体而微的一个高保真的缩影。当我们听说官员们还在会议之外坚持办公，教师在会议期间还紧张备课，我们也确能感到一种直接民主的风范和普通人直接参政议政的现场感。这是为什么人大代表会被长期视为一种荣誉而非职责，为什么人大代表的名额要按照社会阶层的具体构成予以设计和分配，以及为什么人大代表数量如此庞大而又全部兼职（业余代表）的深层次原因[①]。

历史经验表明，直接民主的乌托邦色彩，要么使民主沦为一种虚拟化的民主，成为一种象征性的政治图腾。代议士的业余化和代议士的人数众多正是构成这一象征性意义不可或缺的部分。要么，浪漫的“人民主权”和多数原则一旦不受限制的落实，则可能导致失去方向的极权民主实践。极端的民主不仅会损害宪政主义所珍惜的个人自由，也可能对同样被宪政主义视为必不可少的国家权威和统治秩序构成肆意的冲击，甚至导致无政府主义的状态。宪政主义是一种法治色彩最浓厚的政治制度，这意味着它同时也非常强调对秩序的保守。尽管限制权力的确是宪政主义的核心目标，那是因为在几乎百分之百的场

① 参见刘军宁《大道容众，大德容下》一文对镜像说的分析，《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年12月版，第179页。

合下权力都比自由更有力量。但宪政主义的混合政体思想还暗含着在自由与权力之间寻求均衡的意图。立宪主义者清醒的认识到国家权力作为“必不可少的恶”对于维护自由的价值。如英国思想家休谟在17世纪所指出的那样：

在所有政府内部，始终存在着权威与自由之间的斗争。有时是公开的，有时是隐蔽的，两者之中，从无一方能在争斗中占据绝对上风。在每个政府中，自由都必须做出重大牺牲，然而那限制自由的权威绝不能、而且也不应在任何政制中成为不受控制的专制……必须承认自由乃文明社会的尽善化，但仍必须承认权威乃其生存之必需。

6. 选举制度

民主意味着权力及其来源的世俗化，选举制度则把这种世俗化的品质直观地表现了出来。议员和政务官员需要选民的一张张投票，如同商家需要消费者的每一张钞票一样直接。这种投票还不是一劳永逸的，仅仅带来一种有期限的授权。这就时刻在提醒统治者不要因为公共权力本身的居高临下而发生一种幻觉，以为自己也是高于众生的。从这个角度看，任何一种职位的终身制都与权力的世俗化相反[1]。

---

[1] 正是在这一点上，理解法官的终身制，有助于理解宪政的混合政体特征和对超验价值及理性传统的信奉。司法权的政治哲学意义，正是共和主义精神对于民主原则和世俗原则的一种渗透和抗拒。

雷蒙·阿隆这样论述选举制度对权力世俗化的强化效果[1]：

在民主制度中实施这一权力的人们懂得，他们的地位来自于选举，他们事先还同意，一旦下次选举对其不利，他们将放弃自己的职位。他们懂得自己是世俗者，是其他公民的代表，他们依靠的是拥有武力手段的那些人的服从。

6.1 限制人事特权

在英国思想家密尔看来，代议制是民主参与原则和精英统治原则的完美结合，是平等与自由的高度均衡，因此是“最理想的政体形式”[2]。代议制中，民众参与和民意汇聚的主要手段就是选举。选举一词在中文中本无特指，《说文》曰“选，遣也。一曰择也”。离开宪政民主制度的投票选举，选举无非就是择选超拔之意。有学者曾将废封建以后的中国古代社会称之为“选举社会”[3]，以对应贵族政治时期的“世袭社会”。一旦管理者的职位不再世袭，一个社会或组织总是要通过某种方式选贤任能，实行精英化的管理。中国隋唐以降的选举制度主要是以“智力合法性”为基础的科举（考选），而代议制民主的选举制度，则是以公民普选权为基础的投票选举（民选）。

科举并没有与具体的官职相联系，只是士子们根据功名大小取得一种大致相应的被简选为官的资格。科举是一种对官僚制度人事原则的制约。社会学家马克斯·韦伯发展了一种关于

① 雷蒙·阿隆：《阶级斗争》，转引自马斯泰罗内主编：《当代欧洲政治思想》，第二章《雷蒙·阿隆：民主与极权主义》，黄华光译，社会科学文献出版社1998年版，第30～31页。

② 李强：《论两种形式的民主》，载《直接民主与间接民主》，三联书店1998年版，第6页。

③ 参见何怀宏：《选举社会》，三联书店1999年版。

科层化官僚制的理论，他认为理性的统治方式必然要带来官僚制的扩张。现代国家的管理制度必然是科层化和官僚制的，而官僚制意味着在它内部存在一种等级化的人事权力，官僚制的一个重要特征是通过行使人事特权来保障和领导整个官僚系统的良性运作。行政权的特点是大量自由裁量空间的存在，在这一自由裁量的空间内，每个官员都有一个能够约束他的上司。如果一个部长不能命令一个局长，局长不能命令处长，一个行政体系就没有秩序可言。所以在韦伯看来官僚制必然是等级化的，必须靠行政命令来运作。而人事权力正是保证行政等级和行政命令有效性的一个关键。韦伯的官僚制理论可以说明直接民主在现代国家中的不可能，也说明了对官僚制内部人事特权的制约在现代社会中是如何重要。

中国古代的"科举"制度包括对官员的各种考评，是在官僚制内部针对人事特权的一种精英化限制。它要求为官者必须具有一种科举或考评的资格，等于在候选范围上限制了上级的人事意志。就算任用私人也要大致在此范围内简拔，不能把自己的厨子顺便弄个知府来当。但这种方法与人格平等的民主理念存在冲突，无法在现代社会与整个政治制度的价值基础继续兼容。更重要的是这种依赖于行政权体系内部自我制衡的方法，作用也相当有限。不过中国的科举制度在 1905 年的清末立宪改革中骤然被废，而诉诸民意的选举制度虽经过漫长的年代也难以建立。于是科举制度的精神即某种非民意的精英资格制度，就演变成为在科举和选举之间的一种过渡。如在孙文的《中华革命党党章》中，拥有政党资格成为了对拥有功名的一种替代。党章把党员分为首义党员、革命党员、普通党员等几种，分别对应元勋公民或一般公民等，享有截然不同的政治权益。政党资格及其级别仍然如科举功名一般，对应着人事原则

下被简选的机会。但政党内的资格取得及其晋升也是一种由上而下的人事选拔，而非考选或民选。所以这种替代对官僚制的人事特权并不能构成一种有效的制约，至少不能构成一种制度化的约束，在对官僚制人事权的制衡上反而比科举制更加倒退了。当年孙文提出“五权宪法”，其中单列考试权，正是企图把中国的考选与西方的民主选举结合起来，重要职位拿出来民选，普通职位则必须经过考选。从理论上说这对行政系统人事权的制衡有了两把锁的限制，也算具有本土资源的制衡制度。但长期以来，考选成为对民选的替代。而所谓考选在“一个国家、一个政党、一个主义”的训政体制中，又受到政党资格审查的决定性影响。想兼采东西方之长，结果东走西顾，两边都难免落空。

宪政主义的方法，是通过民选去限制人事特权的范围。从制衡官僚体制的人事特权这个角度看，选举也同时具有巨大的宪政价值。我们无法假设一种所有官员都由民众选举产生的纯粹民主体制，因为在这样一种假想的体制里，所有官员的合法性都直接来自民意，就意味着所有官员除了“人民”和“法律”外，没有其它的上级。如果一个高级官员无权免掉或影响一个低级官员的职位，他也几乎无法命令一名低级官员。官员的品秩之别就只意味着薪水待遇和责权范围的大小，而不意味着任何隶属关系，所有官员都是民意之下的“正一品”。这与上述官僚制的科层化特征相反，只会导致整个官僚制度的崩溃。所以选举只能是选举行政首脑，即直接把一些重要的行政职位（政务官）拿出来由公民直接或间接投票选举，把这些职位的任免和升迁排除在行政系统的人事特权之外。而后把人事特权赋予这些“政务官”。以美国为例，总共有52万个民选职位（主要是政务官，也包括一些独立职位如法官），只有剩下

的官僚职位（事务官）才在官僚制内，由上级的人事特权自行取舍，决定下级的升迁去留。

6.2　民选的“贵族”

在人类民选历史上，被选举权起初规定有一些文化、年龄和财产上的较重的资格限制。后来这些限制的门槛逐步降低，如英国迟至1918年的《国民参政法》，才取消了男子的财产资格限制。一些重要职务有被选举权的年龄限制，在今天仍普遍存在，如美国总统候选人45岁和我国国家主席候选人35岁的年龄限制。被选举权存在资格限制这个事实，令人想起科举制下的精英资格限制，这意味着选举制度的合法性基础其实也是一种混合均衡状态，人人平等的民主原则只体现在“选举”而非“被选举”上，普选权仅仅意味着普遍的选举权，而不是普遍的被选举权。

古人说，“皇帝轮流做，明年到我家”，那才是卢梭意义上的绝对民主思想，即被选举权的民主。如前述，投票选举与民主的本初概念即人格平等正好是格格不入的。投票选举在本质上意味着一种精英政治，即认为某些人是更适合管理别人的。也就是承认“劳心者治人，劳力者治于人”。选举不过是改变了对“劳心者”的认定方式：由劳力者的投票说了算，“投票”打破了劳心者的世袭和血统论，实现的是选举权的平等。但在被选举这件事上，劳心者和劳力者的区别依然分明。这用“机会平等”和“结果平等”的两分法解释不过去。既然候选人的智力、财富、知名度乃至出身和性情，这些都是影响选举结果的因素。那么两个“智力、财富、知名度乃至出身、性情”各不相同的候选人，怎么能说他们的“机会平等”呢？只有当这些因素对被选举不产生影响时，才能说这两个人因为他们人格

是平等的，所以他们成为领袖的机会也是平等的。

如果要彻底的民主，天底下几乎只有抓阄一种方法。其余任何选举都不可能实现机会平等。这是绝对强调民主原则和民意合法性的结果，反对一切意义上的精英政治，以人格的平等彻底代替能力的不平等。这种理念不在乎每个人都有不平等的统治别人的能力，而强调每个人都有平等的统治别人的资格。要保证每个人机会均等，就要以彻底的程序公平去取代实体的公平。当然再也没有比抓阄、抽签更体现人格平等、机会平等和程序公平的选举法了。在古希腊的民主政治中，就曾流行过以抽签方式选举领导人的做法，空前绝后的实现过"皇帝轮流做，明年到我家"的民主梦。这样的民主为政治正确而忍受平庸，难免要被亚里士多德嘲讽为与君主专制一样糟糕的政体了。

也许可以这样说，投票体认民主精神，但选举反映精英原则。不过两者的逻辑仍然是相互混合的。反过来说，选举是与彻底的民主概念相悖的，而投票也伤害了精英政治的效率。如果强调每个人都有当首脑的平等资格，就应抓阄，不该投票。一投票就承认了人格以外的不平等因素。但如强调每个人能力各不相同，那投票时就不该一人一票。假如一个智者和一个愚者拥有相等的投票权，为什么他们却不能拥有被选举的平等机会呢？假如一个智者和一个愚者不能拥有平等的被选举机会，他们凭什么又能拥有平等的投票权呢？这显然是不能自洽的。所以"选举是一种民主"这种通常看法其实并不准确。应当分开说，投票体现民主精神，选举体现共和精神。或说选举体现民主精神，被选举体现共和精神。

民主意味着大众政治和人格平等的政治哲学价值，共和精神意味着精英政治与自由价值的立场。在现代社会，人格平等

的普选权意味着民主价值的胜利，精英化的选举结果意味着共和传统的赓续。因此间接民主下的选举不完全是一种民主制度，选举同样构成了体现混合均衡特征的宪政制度的一部分。精英与民意相互制衡、相互依靠。同时，政治精英通过选举获得民意认同，一旦被选举，就在相当程度上脱离民意获得独立地位，拥有法律赋予的固定任期和职权。这一任期的固定性比私法内的任何契约都高得多，换言之就是民选职务的稳定性高于民选职务之外一切社会成员的官方或非官方职务。因此有人把选举制度下的政治精英集团称为一种"民选贵族"。

一般而言，各国宪政制度要求免去一名民选官员所需的民意基础，也要明显高于选举一名民选官员的民意基础。这和要求修改法律的民意基础一般应当强于制定法律是一样的。1884年，学者詹姆斯·布莱斯曾把宪法区分为"柔性"宪法和"刚性"宪法，所谓柔性就是宪法的修正和宪法的制定都只需要议会的简单多数通过，这是民主原则压过宪政原则造成的偏差。所谓刚性是指宪法要求修正宪法的程序比制定宪法更苛刻，当初的民意（二分之一）必须在一个更坚定的民意（三分之二）下才能被推翻。现代宪政国家的宪法几乎都是"刚性宪法"，刚性原则在有些国家甚至也体现在一般法律的修正上。这是宪政对民意合法性的一种约束，对善变的民意危及法治的一种制衡；同时也是对精英政治的一种扶持。

6．3　代议制下的选举

一、直接民意和间接民主。

由公民投票选出地区的代议士，再由代议士选举行政首脑，以及逐层选举更大领土范围内的代议士。这是间接选举制度。所有行政首脑和代议士均由辖区内的公民投票直接选出，

这是直接选举制度，后者显示着权力直接从每一个公民那里获得民意的认证。直接选举意味着直接的民意，单从民主的观念看，这比逐层的间接选举更具有合法性。

直接选举的兴起，与现代宪政主义和分权制衡理论有着微妙的关联。在古希腊，直接选举是和直接民主相匹配的，是直接民主的天然的选举手段。直接民主观下只可能接受直接选举，不可能有间接选举。而且直选也只限于选举主要领袖，不可能选举代议士。在希腊民主制度衰落后大概一千多年的时间内，人类就几乎不再有过直接选举了。在英国1263年的"孟福尔议会"和1295年召开的"模范议会"之后，英国古典宪政主义逐步发展出议会至上的代议制政府模式。从此直到今天，凡实行议会内阁制的宪政国家，政府首脑都是由议会间接选举产生的。在政治合法性上也只有间接的民意，不具备直接的民意。

可以说，在古典时代，直接选举的确是直接民主的产物，而间接选举则是代议制民主和古典宪政主义的贡献。从宪政主义的思路看，民主的主要价值是提供政治合法性而不是真的让民众"当家作主"。因此宪政具有"民意合法性"即可，不一定非是直接民意的合法性。直接民意还是间接民意，并不像直接民主还是间接民主的问题那么尖锐。甚至在一个大规模社会，民意的非理性色彩可能会随着选举的规模而同步增强，如果同时又缺乏对权力的有效制衡，那么当一个行政首脑的合法性直接建立在每一个公民的投票之上时，这种直接民意的合法性对于宪政制度和每一个投票者的自由，反而可能构成一种引狼入室的危险；因为最强的民意将使行政首脑行使权力的行为获得最强的辩护，获得最不容易被制衡的尊贵地位。

直到美国的立宪实践，直接选举才在代议制民主下获得了

复兴。直接选举有机会从直接民主的理想中分离出来，而被重新确立为一个大规模社会选举行政首脑的方式。这一从间接选举到直选的方式转变，和横向的分权制衡以及纵向的联邦分权原则密切相关。从宪政的意义而不是从民主的意义去观察直接选举，直接选举首先是一种权力制衡的手段，而不是增强民意合法性的手段。从美国的经验看，首先是权力的分立制衡打破了某种“议行合一”的体制[1]，而后直接选举才成为可能。换句话说，是权力制衡在先，直接选举在后。只有当国家权力不再集中于一个人或一个系统，直接选举一个领导人才是安全的。因为在分权制度下，任何人都不再是专制主义意义上的“最高领导人”。反过来说，也只有当行政权、司法权和立法权分散在不同系统中相互制衡的时候，让行政首脑拥有直接的民意基础，从而确保行政系统相对于代议机构的独立地位，才是有必要的。代议士和行政首脑同时拥有直接的民意基础，以民意对抗民意，这是分权理论和民意合法性的一种典型结合，在民主与宪政的诉求之间寻得均衡。

因此在现代宪政主义中，行政首脑的直接选举是与总统制和明显的三权分立体制相匹配的。而行政首脑的间接选举则和议会内阁制丝丝入扣。内阁制下只能实行间接选举，如果行政首脑不由议会间接选举，而由全体公民直选产生，议会就没有理由去驾驭行政权。行政首脑就只有两个上级：一是“人民”，一是法律。假设议会去驾驭行政，反倒会对直接民意的政治合

[1] 有学者把这种“议行合一”称之为“基层政权单轨制”，见沈旭辉：《乡镇长直接选举可能引发的“基层断层现象”探析》，http://www.nongcun.org。沈文将缺乏权力制衡机制的乡镇“无限政府”一旦进行直接选举获得直接民意基础可能带来的权力膨胀，及其与代议机构之间的关系权力模糊化称之为“横向政府断层”。

法性构成否定和伤害。用一个不太文雅的比喻，是“打狗也要看主人”。

在后进国家的宪政转轨中往往有一种简单甚至错误的观念，认为直接选举是比间接选举更高一级、更优越更彻底的民主形态。因此比较轻视各种间接选举制度的改革，而仅仅对直接选举的尝试跃跃欲试，并把直接选举行政领袖当作一个简单的民主化指标。这是在单纯民主理念下忽视宪政视角的一种通常看法，它忽视了代议制度在整个宪政民主制度建设中的根基作用，也忽略了代议制度的独立运作和国家权力的分立制衡，是实现行政首脑直选的一个同时性要件[①]。

民主的主要价值是改变和重塑统治的合法性来源，它的次要价值才是从公民投票的人心向背和不可预测这方面构成了另一重对于权力的制衡。但对这一重制衡不能盲目乐观，单纯的领导人选举对于划定一个有限政府的权力范围几乎没有任何帮助。英国思想家密尔曾经批评近代以来过于看重通过民主去约束权力而忽略法治、权力分立和思想自由这些古典宪政手段的倾向。他说：

“‘自我治理’、‘人民自己对自己的权力’之类的说法，并没有表达我们所处的真实的状态。因而，当掌握权力的人定期地由人民选举产生的时候，限制政府对个人的权力的重要性丝毫也没有减弱”。

哈耶克认为密尔的看法还不够彻底。他在《法、立法和自由》中写道，“有一种可悲的幻想，以为只要我们采用了民主

---

① 这种观点在对乡镇长直选的研究中非常普遍，如彭宗超：《乡镇自治与乡镇长直选——中国乡镇政权运行中的主要问题与根本对策分析》，见中国农村研究网。

程序，我们就没必要对政府权力施加别的限制了。这还让我们进一步相信，民主选举产生的立法机构构成的'对政府的约束'完全可以替代传统的限权措施。"[1]

后进国家的各种直接选举的民主化尝试，往往是在这样的政治制度背景下进行的，即政府权力几乎不受限制并且高度集中混合在一个系统当中。这种局面下的直接选举，其古典意义上的直接民主色彩较浓，现代意义上的宪政建设的价值则可能较差。选举制度改革的主要诉求，固然是扭转权力的合法性来源，通过这种扭转为政治架构的宪政化、法治化积累压力和经验。但企图通过直接选举去限制政府和政府首脑的权力，这一重功能却是极其有限的。对这一重功能的夸大和超前，将使民主的价值诉求不恰当地超越在宪政的目标之上，忽略了更重要的法治的和分权制衡的改革。

尤其在缺乏有效权力制衡和法治保障的情形下，直接选举把对行政首脑的决定权交给了行政区划内的全体公民，这种做法所带来的民意制约和候选人之间的竞争压力，将因为直接民意的难以捉摸和易于控制，以及直接民意基础在一个集权系统中为行政首脑所增添的威权资源抵消掉。从经验看，后进国家在转型过程中如果将直选范围扩大到行政副职和一些特殊的独立职位上，可以有限度的在行政权力内部暂时制造出一种相互制衡和牵扯的力量，使直接选举带来的制约权力的功能有所发挥。但主要的方向，还要靠直接导致权力分立制衡的制度改革，以及推动代议士的直接选举和整个代议制度的重构。一个精英化和职业化的常设议会，对于制衡政府来说，远比选举之

---

① 哈耶克：《通行的民主制度的致命缺陷：无限权力》，载《法、立法和自由》，邓正来译，中国大百科全书出版社2001年版，第178页。

后一哄而散的“人民”更加有效。

间接选举不但体现了对民意的精英化过滤，同时因为代议机构的规模、代议士的常设和代议士直接选举的高度分散，一旦代议士的直接选举是真实有效的，传统政治势力的控制意图比起集中化的领导人直接选举来，更难以贯彻。通过各种方法影响和控制一场领导人选举的人选，这对后进国家的传统威权体制来说，其难度远远低于去控制数十、数百场选举中的代议士人选，以及控制代议士们在每一次议会表决中的辩论和表决。因为后者的成本异常高昂，几乎是任何一个已开始宪政化转轨的威权政府无力承受的。

前述直接选举或间接选举的区分，仅针对行政首脑。至于代议士，在实行代议制民主的现代国家，通常都是经过直接选举产生的。如在美国宪法中，众议院议员由直接选举产生，而参议院议员作为州的代表，最早是由州议会间接产生的。后来经宪法的修正也改为了直选。代议士必须直选，这和代议制的间接民主之间也存在密切的关系，在民意基础与精英立法之间达成一种均衡。我称之为“直接民意与间接民主”的混合，就选举制度而言，这是最符合宪政主义理念的模式。

请看下图：

	直接民意（选举）	间接民意（选举）
直接民主	倒向极权民主，产生大多数的暴政	无法兼容
间接民主	民意与精英、宪政与民主的完美契合	易为保守主义利用，导向寡头政治

二、分歧和党争。

直接民主和狭义的人民主权理念，还会给间接选举制度带来一种干扰，即选举一名代议士的意义到底是什么？是选举一

个能够代表全体人民利益的人呢，还是选举一个代表和维护选区个别利益的辩护士？当议员们在一起争论时，他们是各自代表有可能相互矛盾的利益进行讨价还价式的谈判，还是各自都从社会最大多数公众的利益出发，企图说服别人相信自己的观点才是正确的？这之间的差别和卢梭提出的"公意"概念有密切关系，当公意被假设为绝对正确、绝对不能违抗的一个抽象理念，就使一个不存在的"公意"超越在各种群体的个别利益之上，并抹煞了任何一种个别利益的正当性。因为任何一种个别利益都不可能与最后的"公意"完全相符。

"25，000，000人可能拥有一个单一和正确的意志吗？"对法国大革命时期的宣传家、《第三等级》的作者西哀士来说，答案是不言而喻，当然如此的。他和圣鞠斯特、罗伯斯庇尔等人一样，都是卢梭绝对民主思想的忠诚的学生[1]。这种观念已暗含了对议员是个别利益的辩护士的否定。如果有所谓正确的"公意"存在，议会就是一个寻求真理的地方，而不是讨价还价的场所。为了使投票结果更接近于真理，每个代议士就应主动站在全体人民的利益上提出主张。一个坚持个别利益不顾大局的议员，就是对寻求真理的一种误导，是对投票结果的一种干扰。因此少数人的意见和持异议的反对派是没有合法地位的，一切与公意不一致的看法，无非就是错误和自私的看法。"一个少数党派是没有权利反对大多数人的"。雅各宾派执政后，圣鞠斯特在1793年1月28日作了一场激昂的演讲，他说：

每个人都必须忘记他自己的利益和自尊，私人幸福和利益

[1] 苏珊·邓恩：《姊妹革命：美国革命与法国革命启示录》，杨小刚译，上海文艺出版社2003年版，第76页。

是对社会秩序的强暴，你必须忘记你自己，你的利益要求你忘记你的利益，唯一的拯救，只能是通过追求公众幸福而得到实现。[1]

与这种立场针锋相对的是麦迪逊在美国制宪中的观点，他认为如果一种政治建立在"克服私利的企图上"，本身有带来专制的危险。由政府有意识的去培养和矫正人们的偏好，不但"不会增进自由，相反会毁灭自由"[2]。在今天一些后进国家的选举尝试中，选民的素质低下和追求私利，往往被父权式的政府看为一个妨碍选举质量的因素。一些地方的基层选举改革中，如宗族、宗教等民间势力的存在，也被视为干扰选举结果的负面力量。官员们认为某些选民不是从怎样有利于地方的公共利益出发，而总是从自己的小圈子、小团体的利益出发去投票，他们认为这会破坏选举公正和集体的利益[3]。这种意见显然来自某种集体主义价值观下对一个抽象化的公共利益的迷信和误解，它默认了两个虚假的前提，一是存在一个正确的和超越个别利益的"公意"，二是相信政府是一个比任何个别利益集团更有可能把握和遵循公意的集团，一个超利益的集团。似乎是"人人为自己，政府为大家"。

---

① 苏珊·邓恩：《姊妹革命：美国革命与法国革命启示录》，杨小刚译，上海文艺出版社2003年版，第77页。

② 卡斯·R·森斯坦：《共和主义的永久遗产》，载《新宪政论》，三联书店1997年版，第220页。

③ 我在四川遂宁的步云乡调查乡长直选时，几位乡干部都表示出类似的看法。另在2005年"两会"期间，《中国新闻周刊》曾刊登一封读者来信，题目是"人大代表勿当地方政府说客"，作者认为每年两会，部分代表、委员的提案总带着明显的地方色彩，为地方当说客、争利益。他认为这不对，因为"全国人大代表"就应该代表全国人民的共同利益，自觉站在全社会共同利益的立场上说话。这种看法明显带着某种大公无私的乌托邦遗迹。

我们从中可以看出唯理主义的概念化倾向，如何藐视和伤害了个人自由。一旦把公意拿掉，一旦不承认有一个正确的公意存在，每一种个别利益就立刻恢复了正当性，即便它们相互对立。在正当但是对立的利益之间，需要的就不是说服而是妥协，甚至是尖锐的冲突。一个买主绝不可能说服一个卖主同意对方的利益是唯一合理的和正确的利益。他们只可能在互利的基础上各自放弃一部分合理性的诉求而达成妥协。妥协，这是一个在唯理主义者眼里显得庸俗的说法，但正如洛克所说，"逻辑学是不允许折衷的，但政治的本质就在于折衷"

在美国制宪的争论中，一部分反联邦论者出于古典共和主义崇尚共同体利益的传统，如卢梭主义者一样反对党争的存在。持这种看法的人甚至包括了后来接连三任美国总统华盛顿、亚当斯和杰斐逊。亚当斯说，"共和国分裂为两大政党是可怕的，是我们宪法中最大的政治罪恶"，杰斐逊甚至赌气地说，"如果和一个政党在一起才能进天堂，我宁愿不进天堂"。但伟大的宪政主义者麦迪逊体现出了顽固的、英国式的经验主义政治智慧，他不迷恋在唯理主义抽象理念的石榴裙下，而坚持认为分歧与冲突是不可避免的，"自由之于党争，如同空气之于火"。他认为导致党争的激情与私人利益，"已经深植于人的本性之中"[1]。麦迪逊曾经深受马基雅维利的影响，那位写下《君主论》的早期政治思想家，非常强调冲突和分歧的价值，他认为一个共和国因为冲突而获得活力。没有冲突，甚至就没有自由。马基雅维利说，罗马共和国的伟大之处就在于它依靠甚至要求了内在的冲突，包括街头的骚乱。"骚乱是罗马

---

[1] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》第十篇，程逢如等译，商务印书馆1981年版

自由的护卫者"[1]。

在麦迪逊看来，代议制的作用不是消除冲突，而是成功地把街头的骚乱变成议会里的辩论和党争。19世纪中叶的英国，继美国之后也逐步形成两党轮流执政的政党政治，反对派不再被视为"阴谋反动集团"，而在宪法上被认为具有合法性，甚至被尊称为"Her Majesty's opposition"（女王陛下的反对派）。英国宪法赋予了反对派及其领袖以合法的而且是特别优渥的地位，如从1937年开始，议会中的反对派领袖和他的秘书，都可以领取到一笔特殊工资或反对派薪金。议会的开会时间也专门留有一部分供反对派领袖安排在野党感兴趣的议题[2]。

这种政党政治在卢梭式的"公意"概念下是无法想像的。用罗伯斯庇尔的话说，"只可能有两个党派，一派是善良的公民，另一派是邪恶的公民"这是他被推上断头台之前的最后一次演讲。凡反对派和异议者没有合法地位的民主，就是反宪政的民主，是极权主义式的民主。只有容忍反对派存在，容忍个别利益的合法表达的民主，才是宪政意义上的民主。选举制度的确将权力的来源诉诸于民意的认同，但在宪政的意义上，党争甚至比选举更重要。没有党争的选举仅仅是一种提供形式合法性的民主仪式，无党争的选举和无党争的议会，犹如无爱情的婚礼。一种容纳党争和反对派的民主制度，提供了一个政治博弈的空间，和一个政治利益的市场化的竞争平台。在某种意义上，议会和证券交易所是类似的。在议会内外，各种群体的个别利益和各种压力集团的诉求都能平等竞争、平等而公开

---

① 苏珊·邓恩：《姊妹革命：美国革命与法国革命启示录》，杨小刚译，上海文艺出版社2003年版，第68页。

② 钟群：《比较宪政史研究》，贵州人民出版社2003年版，第20页。

地参与开盘和还价。这种日常化的政治博弈，对制衡权力的重要性，超过了民意在政治哲学上的抽象价值。有学者甚至认为在长期缺乏违宪审查制度的情形下，反对派和政党政治的存在，是英国宪制在议会内部确保议会谨慎立法的一种最重要的制衡机制。

当代以公共选择学派经济学家布坎南为代表的宪法经济学研究，也揭示出所谓单一"公意"的虚妄。政治共同体的利益永远是由分散的个别利益在妥协中形成的，这种共同利益像水一样流动不居。假如整个国家是一个人，这个人当然有属于它自己的利益。听上去似乎很有道理，但这是把国家拟人化之后出现的一种概念陷阱。公共选择理论一个重要的贡献，就是论证了个人主义的方法论和价值论的立场，即只有有血肉的个人才可能做出选择。"集体"和"人民"是不会做出选择的，也不可能有属于自己的利益。公共选择不是由抽象的"集体"做出的，而是个别利益的选择通过一种博弈和妥协的政治制度汇合形成的。如果当真把"人民"当作一个人，来看"它"所做出的选择，我们甚至会发现这是一个部分非理性的人，这个"人"是严重违背经济学关于理性动物的假设的。比如在税收问题上，宪法经济学的研究令人信服的表明，民主政府都有一种促使财政出现赤字的天然倾向。这是因为每一种个别利益、每一个议员所代表和捍卫的人群，可能在任何问题上争吵不休，但在有一点上却是没有歧义的，那就是喜欢增加政府的支出但不喜欢增加税收。增加政府某一项投资，对大多数人的负面影响可能是间接的，但投资的公共收益对一部分支持者可能是很明显的，所以动议较容易被通过。但征税带来的个人义务对多数人来说可能是非常直接的，征税的公共效益却难以预

料。所以受到的阻力永远都会高于财政支出的动议[1]。但个人在通常情形下，显然不会出现这样的赤字"情结"，因为一切收支的正负影响都由个人自己直接承担。这就是公共选择与个人选择的区别。

当每一种个别利益不能获得正当性，不能通过选举制度和代议制度充分表达出来时，任何所谓抽象的人民利益只是并不存在的"皇帝的新衣"。这也嘲笑了那种认为人世间可能有一个中立的人或组织，能够直接代表和发现"人民"整体利益的政治哲学虚构。"集体"作为一个单独的人是不存在的，它的诉求又怎么可能被整全性地代表呢？麦迪逊坚决反对政府中应当有一个代表公众说话的"中立"机构这种想法。政府的每个参与者都代表某种特定的利益或党派，他说，"这些不同的立法者来自不同的阶层，他们除了是既定事业的鼓吹者和当事人外，还会是什么呢？"

"人民"这种整全性的概念就像中国古人说的"天下"一样，只是理论的假设，不是经验中的事实。这种假设为政治制度提供抽象的合法性依据，如美国宪法前言的"我们人民"(We the People)。但不能直接将它和某种现实政治力量捆绑在一起，否则就容易滑向极权。用老子的话说，就是"天下神器，不可为也。为者失之，执者败之"。但在卢梭以及后来康德、黑格尔等欧陆的理念世界中，这一点被理性主义的激情所混淆。这个被混淆的事实在一系列后进国家的现实政治制度中，构成对个人自由的最大威胁。

选举的最后一重意义，是统治权力的和平交接。1800年，

---

[1] 布坎南：《宪法经济学》，载《市场社会与公共秩序》，三联书店1996年版，第343页。

杰斐逊在全国选举中击败亚当斯，宣誓就任美国总统。这是人类史上第一次在朝的执政者把政权和平地交给其敌对势力的先例。政权的传承变成了民意的传承，“强力”和“机遇”的统治原则在本质上被驯服了。这时杰斐逊已接受了民主政治必须依靠政党冲突的理念，他高度赞扬这一次选举和交接，是一次“真正像1776年革命一样的确立政体原则的革命”。1800年是美国立宪阶段的真正终点，这一年对于美国的意义，正如1688光荣革命对于英国的意义。从此以宪政一劳永逸地终结了革命、政变和篡逆。

7. 立法游说

某种程度上，西方的民主和法治是维权活动的一个附产品[①]。商业活动中一个合同一个合同地签，交易成本太高，于是出现格式合同。维权也是如此，从长远来看，成本最低也最高级的维权手段和利益伸张，就是参与和影响规则的制定。因为法律就是最初的那个格式合同。以税法为例，一字一句的改动，可能意味着数十亿财富在不同人群之间的易帜。近年来，国内一些企业、行业协会、社会团体和NGO组织等，开始或明或暗的出现在各种规则制定和政府立法的“槛内”。已使立法游说或院外活动浮出海面，成为工商界的一种集体的和高级

① 近年来，“维权”在中国也成为一种推动法治与制度变迁的社会主流话语，但人们大多以为这只和个别案子、个别人相关。2005年因为香港嘉利来集团财产受侵吞的案子，一些香港学者如郎咸平、刘梦熊等，喊出“港商维权”的呼求。此外如珠海电动车事件、围绕鲜奶标准、直销企业等立法的争论，参见天下谷研究所主办的《企业家与社会》（内部刊物）对此倾向的集中讨论。

的维权方式[1]。

在政治学中，这些活动被称为“立法游说”，也叫院外活动（Lobbying）。这是一种传统的被视为具有合法性的影响立法的和平手段。最初，英国的商人们就在议会的走廊（Lobby）里抓紧时间劝说议员，“游说”由此而得名。但在前述某种古典共和主义的观念背景下，个别利益集团主动影响立法、操纵规则的企图，在道德上具有被怀疑、被否定的可能。在学术界，很多人也对西方国家各种利益集团对立法强大的影响力持批判态度。如一位美国研究专家认为，这种经济利益的介入导致了美国国会立法的“私有化”倾向[2]。甚至有人直接将这种倾向称之为“立法腐败”。

但这种观点似乎经不起推敲，它默认了两个虚构的前提，第一，它像鸵鸟一样否定社会是由不同的、甚至针锋相对的利益群体构成的。它假装劳资之间没有利益冲突、或者地域之间、卖石灰的和卖面粉的之间、或采用不同 DVD 技术标准的企业之间，都没有利益冲突。第二，它相信政府或立法机构有能力把握和遵循一个抽象的“共同利益”，并预设政府本身是一个超利

---

① 如全国工商联早些年在私有财产权修宪过程中的努力令人瞩目，修宪是最高级的规则修改，也是民间维权的最高成就。再如微软等软件大企业在《计算机软件保护条例》立法过程中的影响力，安利、雅芳等直销企业对拟出台的《直销条例》的参与，几乎已是一种公开的游说。围绕直销立法，也是国内企业界迄今为止一次最高级、最公开化的维权尝试。2004 年 5 月 18 日，七家直销巨头的负责人聚首苏州，召开“苏州会议”，会上成立了中国第一个临时性的压力集团——“关注中国直销立法开放小组”。随后这个小组和商务部举行了四次讨论。直销条例的出台被推迟后，2005 年 1 月 12 日，来自世界各地 18 家直销公司又在北京举行了首席执行官的峰会，加快影响中国直销立法的态势。

② 孙哲：《美国外交政策的“私有化”倾向：谈美国利益集团在国会的运作》，载《美国国会研究》第 1 辑，复旦大学出版社 2002 年 8 月版。

益的集团，两百年前，美国宪法之父麦迪逊就在《联邦党人文集》中对社会的利益之争做出了天才的阐述。不让不同的利益发生声音？绝不可能。让所有的人消除利益冲突？绝不可能。依赖一个公正超然的立法者？绝不可能。唯一的办法是通过宪法体系的制衡，去容纳和管理多元的利益。正如一份合同是谈判出来的，一项法律也应是辩论和游说出来的。

如用政治上的左右概念来评估，很多人以为容许利益集团的立法游说是代表大企业利益的右翼思路。这是一种误解。在任何社会，最强势的利益集团都从来不缺少影响制度的手段。社会上曾流传一句话，叫“想送礼都找不到门”。这句俗语的意思是如果可以公开游说，最弱势的群体也有机会。但如果只能黑箱操作，弱势群体就连百分之一的机会都没有了。因此在资本主义的右翼保守时期，学界对立法游说恰恰是否定的。美国最初接连三个总统，都对利益集团对政治带来的分化深恶痛绝。几乎只有麦迪逊一人这样声称，“我不相信天使，只相信三个魔鬼之间缔结的合同”。1877 年，佐治亚州甚至还在它的宪法中明确规定“游说是一种犯罪行为”，只是后来因违背联邦宪法而作废。在欧洲直到 19 世纪末，利益集团主动谋求立法利益的做法开始被逐步接受。直到 20 世纪 30 年代末，英美等国出现了大规模的左翼劳工运动，这时麦迪逊的观点才真正被认同。“利益集团”（interest groups），又称院外集团或压力集团。不再被人们看作对民主程序的颠覆和冲击，而被认为是公民与国家之间的一种缓冲器。

上个世纪五六十年代后，学者们对利益集团游说活动的评价开始趋向正面。并在西方通行的两院制下，将其称为国会的“第三院”。因为两院都是根据地域产生的，只有这个通过游说活动间接影响立法的“第三院”，代表着各种超地域的社会功

能组别。一个多元主义的利益集团的格局，正是社会稳定和民主制度的基石。因为院外活动致力于主导国家的制度和法律走向，但却"并不图谋组织政府"[1]。各种社会利益集团使出浑身解数，影响议会和政府的立法程序，并乐此不疲的尝到甜头，谁还会对暴力革命和颠覆活动感兴趣呢。这一点也能解释为什么美国几个最强大的工会组织，都一贯反对社会主义左翼思想。

另一方面，立法游说中金钱力量的泛滥也可能令人顾虑。越是大公司大老板就越有钱去游说。西方宪政史上也不乏黑箱式的游说丑闻和政治腐败时代。这是研究在中国初露端倪的利益集团院外活动时面临的关键，即如何管理院外活动并形成良好的游戏规则。如何抑制金钱影响的膨胀，并将院外的游说与黑箱"勾对"等腐败手段区别开来。但同时这种限制也不能粗暴地剥夺人们通过游说伸张自己利益的权利，尤其是言论自由。人们有权自由地运用自己的金钱，包括运用金钱去支持和扩散自己的观点。因此美国最高法院曾在几次宪法判例中裁定，对竞选或游说活动的任何总额限制都是违宪的。

根据对西方经验的观察，下面六个方面是立法游说发展的重点。

一是立法游说的公开化。自古以来，游说活动都不可能禁绝。要么合法而公开，要么非法而黑箱。越是黑箱，越是会放大强势群体与弱势群体之间的金钱差距。只有预先承认多元的利益集团伸张自身利益的正当性，让游说活动走到阳光下，成为公共政治生活的一部分。然后才可能对其进行规范。美国从

① "游说"辞条，《布莱克维尔政治学百科全书》（修订版），中国政法大学出版社2002年版。

1946年的《联邦游说管理法》开始，对游说活动进行了长期也是艰难的引导。核心规则之一是一切游说必须公开其活动，有义务对所有相关事实进行披露，以及禁止国会和政府人员在离职后一段时间从事相关游说活动。

第二，游说活动的公开化除了防止丑闻外，还能促使游说的专业性发展，使游说活动的说服力从金钱优势向着理论优势和舆论优势转移。金钱固然重要，但金钱的价值必须经过转化，就像律师在法庭上，有能力将当事人的金钱优势转化为自己的法律优势和证据优势。这在某些技术标准的立法游说中显得更突出。一位英国政治学者曾评论说，"今天美国的大多数重要法律，都得益于利益集团的专业贡献"。如在国内直销条例的游说中，商务部之所以愿意与直销企业对话，因为这些国际直销巨头能拿出有分量的、专业的立法建议，他们于各国传销制度上的法律水准和商业经验，正是中国商务部欠缺的。而《计算机软件保护条例》的背后，尽管有全世界最富有的公司进行游说，却在出台后遭遇国内舆论界顽强地和更具说服力地反驳。最后成功地促使最高法院出台司法解释，对条例过分扩大侵犯范围的内容予以了修正[1]。

第三，自由的新闻舆论和民主的选举制度，是游说活动借助的重要力量。新闻越自由，选举越真实，院外活动的弹性空间和正面价值就越显著。反过来游说的发展也会对前者有所推动。除了劝说议员和动员选举外，利益集团的另一个有力手段

[1] 最高法院在2002年出台《关于处理计算机软件版权纠纷的司法解释》，其中将计算机软件侵权的范围缩小到"以营利为目的的使用"，否定了《计算机软件保护条例》扩大对软件版权的保护，在界定侵权时对商业性使用和非商业性使用不作区别的立场。国内知识界曾展开反对《条例》的立法游说运动，可参见俞梅荪、方兴东等人的论述。

是通过评议，引导公众舆论产生出价值评判的压力。一个突出的例子是美国的“环保行动组织”，他们从1970年开始根据每一位议员的投票记录，定期公布“反对环保”的议员名单。可以想见，这个名单上的议员数就一年一年地变少了。

第四，营利性的企业和非营利性的游说组织分开。利益集团的游说，其实是商业结社的一种延伸，透过行业协会等非营利性组织（NPO）从事更高级的维权活动，是对金钱利益的一种缓冲，对专业化的一种支持，也是公信力的一个根基。因此以工商业利益集团为基础的NPO、NGO的发展，是院外活动走向成熟的途径。没有非营利性的游说组织，就没有真正的立法游说。而目前国内企业基本上直接参与规则的谈判和游说，并把这种活动称之为“政府公关”，甚至设有专门的政府公关部门[①]。这种直接模式对院外活动的发展、对企业和政府两方面的公信力都将带来伤害。

第五，与司法制度相对。上世纪70年代之后，西方的院外活动从狭义上的针对议员的游说，开始向选举、新闻和诉讼等综合方式发展。因为英美国家的违宪审查制度和判例制度，使诉讼成为一种个案维权和规则争夺相结合的方式。打赢一个官司，就可以创造一个判例，甚至推翻一条法律。我国目前的行政诉讼，法官无权对行政法规或规章是否合法进行判定。但“宪法司法化”的讨论已成为近年来一个热点。假如当事人有权在行政诉讼中质疑行政规章本身，诉讼就会成为企业参与规则竞争的高级维权方式。不能影响它的制定，就去促成它的修改或废除。

---

① 如1998年取缔传销后留下的10家直销试点企业，大都靠这种直接的“公关”得到免死金牌。

第六，跟立法模式有关。院外活动在三权分立的国家最发达，而在中央集权的体制下则被更多的行政腐败和黑箱操作所替代。因为中央集权模式下，行政立法权被控制在单一的政府部委手中，立法层次低和缺乏公开的辩论程序，使游说活动较多受制于行政权的专断，容易滑向立法寻租。相反，立法层次越高，辩论过程越规范，决定权越分散，游说活动的空间就越大。正如当事人有可能收买法官，却不大可能收买到整个陪审团。同样道理，代议机构也是不太可能被收买的。这促使了不同利益集团之间公开、公平的游说竞争。近年来，国内政府主导型立法有向着人大主导型立法转变的趋势，这将有利于院外活动及其规则的生长。

游说主要指各种社团力量以促成或反对某项国会议案为直接目标的劝说、宣传活动。但广义上的游说也包括立法之外如选举活动中的宣传劝说。各种利益团体使出浑身解数，用包括雪花般的信件、电报、请愿书，演讲、在委员会上作证等广泛的言论活动来参与广义上的政治过程，意图影响民意和议员。美国历史上著名的"禁酒令"争论，是游说活动的一次经典。一个主要以女性活动家和女性社团为主的"禁酒联盟"，经过多年努力成功促使一份关于禁酒的宪法修正案在1919年被国会通过。从美国二百年间寥寥二十六条宪法修正案来说，这的确称得上"美国政治中最高也是最困难的成就"。尽管这一禁酒法案的内容是与政教分离和尊重个人自由的宪政精神背道而驰的，但"基督教妇女禁酒联合会"通过游说活动促成宪法修正案的做法本身，却是宪政化的典范。

从民主的角度看，禁酒似乎并非美国人的一般民意，而是由极少数人强烈意望的促成，那么游说是否构成了对于"民意"的一种干扰？在转型国家的民主化尝试中，也存在这样一

种狭隘民主观下的误解。将不受强制的投票，理解为投票应在不受别人意志干扰的情形下进行。误以为只有当每个人的投票在思想封闭和缺乏交流之下独立做出时，才能汇合出“真实”的民意来[1]。这就排斥了民间结社及其游说活动的合法性。其实，“民间结社及其游说活动”恰恰是对于民意的一种宪政化的引导。只要不将“民意”看作一个抽象的、唯理主义的偶像来膜拜，“民意”就是每个人都有权去参与塑造的，有权哪怕仅仅出于自身利益的考量去努力施加影响的。民意的可塑性，恰恰是宪政制度能够接受民主作为政治合法性基础的一个前提。如果民意是不可塑、不可改的，宪政以民主为基础就变得危险了

但这样的矫正毕竟和民主制度捆绑在一起，因此还是具有某种危险。德国法西斯主义上台和美国禁酒法案的例子，都说明了一种反自由主义的和反宪政的价值也可能通过民主制度、通过游说来获得一种和平方式下的确立。宪政的主要力量，仍应放在以权力制衡权力的分权机制上。而“自由结社及其游说活动”本质上是诉诸民意的，如果一种反宪政的民意占了上风，宪政必须要有矫正的手段。当游说的成果是一项政府立法或普通的国会立法时，宪政主义的矫正手段可能是法院的违宪审查制度。但当游说的最高成就是一项宪法修正案时，就将宪政制度釜底抽薪了，法院已无能为力。因为禁酒法案违背的不是宪法，而是高于宪法的“高级法”。因此“禁酒令”对美国

[1] 笔者在调研四川遂宁市乡长直选改革时，发现很多地方都片面的强调“独立投票”，如明确要求选民不能交头接耳，不能进行讨论。如有一个候选人是某村的，该村的村民就都普遍的投他的票，这被很多干部认为是狭隘的小集团立场。他们认为选举要“真实有效”，就要防止这种选民都从自己的小集团利益出发的倾向，比如禁止讨论和强调所谓“独立投票”。

宪政制度的容忍力和解毒能力构成了一次有力的挑战。

这时，民间结社的竞争性格局，以及宪政主义在先价值的深入人心，就成了宪政制度最后的一座堡垒。令人庆幸的是，在美国的“禁酒联盟”气势最盛的时候，一个同样强有力的“反禁酒联盟”的游说集团，始终没有放弃努力。他们花了14年的时间，最终促成了另一项宪法修正案的通过，废除了先前的禁酒修正案。

这个例子说明，对宪政民主制度来说，分权制衡和违宪审查尽管重要，但都并非最后一道保障。最终防止民主走向宪政反面的力量，还在宪政技术之外，在一个政治共同体所养成的对于宪政超验价值的信仰上。有学者将后进国家的宪政建设分为“制宪（立宪）”和“立序（宪政巩固）”两个阶段①，对前一个阶段来说，分权制衡是宪政最重要的技术，根据对人类宪政经验的归纳，一个在观念上缺乏超验价值支撑的后进国家，同样可以在较短时期内完成宪政主义的制度转型。宪政在制度层面上积累的成就，已足以将一种反自由的政治的风险降低到历史上的最小，这可以称之为90%的宪政化。至于宪政在观念上的民情支撑，则是后一个阶段内较长时期的高远目标，是99%的宪政化。对后进国家来说，制宪必然先于立序，制宪也是立序最重要、最具说服力的一环。在这个意义上，“自由结社及其游说活动”才是宪政的最后屏障。既是立序的价值涵养、也是推动制宪的有力手段，又是一个政治共同体捍卫宪政价值的最后的和平方式。如1907年，杨度、熊范舆等人成立“宪政讲习会”，发起“速开国会”的请愿活动，得到各省咨议

---

① 秋风：《研究宪政超验之维的方法论问题》，山东大学法学院《宪政手稿》2003年第1期。

局、商会、教育会及各类政治社团的响应，开展了连续三次国会请愿活动。到 1910 年第二次请愿时，各省在请愿书上签名的人达到 30 万人的规模[①]。清末民间结社力量的滋长和对政体革命的支撑也可见一斑。

---

① 张学仁、陈宁生主编：《二十世纪之中国宪政》，武汉大学出版社 2002 年版，第 35 页。

第四章

宪政与约

所有进步社会的运动，迄今为止，是一个“从身份到契约”的运动

——梅因《古代法》

不顾上帝的律法，只是考虑人的意见，任何法律都会趋于乖谬。

——加尔文《基督教要义》4卷20章9节

1. 公法中的约

这个世界上居然有人在摒弃了上帝与自然的一切法律之后，自己制定法律严格遵守，思之未免令人讶异。

——帕斯卡尔

1.1 约的神圣性

达特茅斯学院位于美国东北部的新罕布什尔州，是美国著

名的八所常春藤大学之一。1769 年当美国还是英国殖民地时，由英国国王乔治三世向学院颁发了一项特许状（charter）。但在 1816 年 6 月 27 日，州议会通过了一项改变达特茅斯学院性质的法律。这项法律修改了原来的特许状，强行把学院转变为公立大学。学校认为该项立法是错误的，就以"学院拥有免于州立法干涉的宪法契约权利"为由提出了诉讼。当时的大法官马歇尔认为，学院的特许状就是一份契约，特许状所确立的学院是一个私人团体而不是一家公共机构。马歇尔在判决书中说，这一契约是神圣的，它不会因为美国独立而失效，它保证了一个法人存在的永久性。州议会无权通过法律的形式来改变这份契约，即使英王已不是我们的英王，也不能[①]。

这是美国宪政史上一个著名的宪法判例，同时也是人们谈论大学团体自治传统时常提及的一个案子。马歇尔根据对《美国宪法》第一条第十款的解释，确立了契约神圣的原则。第十款的条文是这样说的：

不得通过公民权利剥夺法案、追溯既往的法律或损害契约义务的法律。

在《法国民法典》对契约自由的表述中，契约的神圣性被等同于法律。我们看到在中国明清时代某些民间契约上，往往也写有意思差不多的一句咒语——"急急如律令"。这句话更常见的场合是在道士作法的时候，表示他说的话和法律的效力是一样的。私人契约的神圣性被比附于世俗的法律，这种实证主义的解释和宪政的理念是相矛盾的。在根本没有法律的时候，第一个约（社会契约）的神圣性又从哪里来呢？约的神圣

---

① 以上叙述，引自任东来：《契约神圣原则与大学自治传统》，载《美国宪政历程》，中国法制出版社 2004 年 1 月版，第 45 页。

性一定有着先于法律的来源，这也是达特茅斯学院一案最富有价值的地方。这个判例的精彩之处就在于马歇尔大法官宣称英王的特许状不会因为美国独立而改变。这表明美国宪法并不是英王与达特茅斯学院校董会之间这份契约的效力来源。这时用“契约就是法律”来解释这份契约为什么不能被州议会的立法所改变，就无法说通。

英美的契约概念与欧陆契约有一个大不同。欧陆讲契约的根本特征是各方“意思表思的一致”即是说各方的相互“同意”才是契约成立并必须被遵守的合法性源泉。这个概念是完全世俗化和唯意志论的，它抹去了任何超验的背景。但在英美法里，契约是等同于承诺的，所谓契约就是单个或一系列的允诺。换言之即便没有各方的“合意”，一个人的单独允诺也可能产生出必须遵行的效力来（当然在英美契约法中，也要受到“约因”即为什么会有允诺这一追问的约束）。放在欧陆的理性主义传统中看，这是很奇怪的。既然不绝对化地强调与对方的“合意”，那么一个允诺的效力到底从何而来呢?

1. 2　《圣经》中的四重约

在你之外谁肯与我击掌呢。

——《旧约·约伯记》17. 3

假如说中国儒道传统中的最高范畴是“道”，宪政文明的最高范畴就是“约”[1]。和“道”一样，“约”具有最宽广的意义光谱，同时涵盖了形而上的价值约束和具体而微的制度约束及文本约束。“约”也比大象无形的“道”更具有方向性和规

① 关于“道”与“约”的对照，得益于2005年底在北京“基督教与宪政”研讨会上，和刘军宁、范亚峰、秋风、刘海波、徐友渔、余杰等师友的对话。

定性，“约”既显明在先约束的超验来源，也表明了世俗的约束力的产生途径。既论证了立宪的必要性，也开出了立宪的可能性，因而能够发展出约束世俗权力的立宪制度。

霍布斯是最早提出社会契约论的思想家，在他眼里，社会契约的神圣性仍然来自基督教的超验价值背景。他认为有两类国家，一类是“以力取得的国家”，一类是“按约建立的国家”①。而按约立国的原创性典范就是《旧约》中上帝与犹太人立约的以色列国。上帝对以色列民族的拣选，是契约论国家的起源。这样的国家“由以色列人民以一种特别的方式投票建成，在这种方式下由上帝应许他们具有迦南地，而他们则与上帝立约，选上帝为王”②。

在某种意义上，“立约”的确具有创世的意义。自霍布斯之后，一切国家主义的理论也都将社会契约的缔结视为一种“创世”。将国家的诞生和目的视为对意义的一种开创。似乎意义通过一个立约行为就会无中生有。因此霍布斯本人将社会契约的起源追溯到《圣经》中的神人立约那里去，是颇有意味的。承认一个超验的价值来源，是对立约行为的无中生有的否定。一旦人间的社会契约不是一次“创世记”，休谟对契约论提出的质疑就会冒出来：“我们为什么非得信守自己的承诺不可呢？”

那不可违背的效力从何而来？在霍布斯的契约论中，“约”的本源不从人这里来，而是从上帝那里来的。缔结一个国家尽

① 霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第132页。“利维坦”一词来自《旧约》中的一种巨兽。

② 霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第321页。参见肖滨：《在约法之下——创世记和出埃及记的政治哲学解读》，载《现代政治与传统资源》，中央编译出版社2004年4月版。

管不是创世，却是对上帝创世的一次模仿。霍布斯把国家称之为一个"人造的人"。他引用了《创世纪》中上帝造人的命令，"我们要照着我们的形像，按着我们的样式造人"[1]。他说，使这个"人造的人"得以建立、联合和组织起来的那个公约或盟约，就等于上帝创世时所宣称的那个命令[2]。霍布斯以这样简单类比的方式，即"上帝造人，人造国家"，赋予了社会契约的神圣性。但一个取巧的类比显然不可能传递那不可违背的效力。在《圣经》中可以看到四重"约"的关系，依次显示了"约"的效力是如何传递的。

世界的四重契约：

一、神指着自己的誓约；

二、神与人的圣约；

三、人与人在神面前的圣约；

四、人与人彼此的契约。

约的效力，本质上是话语的效力。所谓"Give you my words"，如果一个人说出的话语没有不可违背的性质，两个及两个以上的人说出的话语加在一起，不可违背的效力也不可能因为数量而无中生有。这是英美法不将契约理解为"意思表示一致"的原因。一个人是否愿意接受约束，和意思表示是否一致有关系。但一个允诺是否能够约束它的主人，与意思表示的一致没有关系。人说出的话有没有自我约束的力量？一个人若是没有，两个人加起来同样没有。《圣经》中的第一重约是从上帝的自言自语开始的。《希伯莱书》说，"人都是指着比自己

① 《旧约·创世纪》第1章26节

② 霍布斯：《利维坦》引言，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第2页。

大的起誓，并且以起誓为实据，了结各样的争论"[1]。这指出了立约的来源，话语的约束力来自比自己更高的力量。这一向上的追溯有一个终点，没有比至高者更高的。因此"当初神应许亚伯拉罕的时候，因为没有比自己更大可以指着起誓的，就指着自己起誓"[2]。又如《民数记》中说，"你们告诉他们，耶和华说：'我指着我的永生起誓，我必要照你们达到我耳中的话待你们'"[3]。

上帝指着自己的誓约之所以有效，不但因为上帝是至高者，而且因为这个至高者的属性就是"信实"。上帝就是上帝说出的话，"诸世界都是藉着神的话语造成的"。话语的效力来自神的"信实"。《旧约》中对"信实"有一个非常直接的定义，"信是所望之事的实底，是未见之事的确据"[4]。如果用后现代的话语理论来解释，即是说在神那里，话语就是话语所指向的对象。"能指"就是"所指"。这样才有后来基督的"道(WORD)成肉身"。在人那里，话语和话语所指向的对象显然是断裂的。所以"信实"是神的属性，人的话语没有信实。人说话是不作数的，离开了"信实"的来源，人与人的立约也是不作数的。

《创世记》的奥秘就在于上帝是一个自我约束的上帝，上帝创世的意志是一个神自愿接受自己话语约束的意志。当神说"要有光，就有了光"。这不但是神最初的大能，也是神最初指着自己的起誓。神通过接受自己话语的约束，完成了创世行

---

① 《旧约·希伯来书》第6章16节

② 《旧约·希伯来书》第6章13节。

③ 《旧约民数记》第14章18节

④ 《旧约·希伯来书》第11章1节。

为，“放弃了一切在一切中存在”，而选择“自我限制为一个世界的存在和自治开辟了空间”[1]。在《摩西五经》[2]的政治哲学中，所谓超验主义，就是神接受他自己话语的约束，政法接受神的话语的约束。因此基督信仰的创世论，意味着没有意志是不受约束的。不同文化中对至高者或最高君王有着不同的理解。《圣经》中的上帝观念，与一切偶像观念最大的区别就在于上帝是一个自我约束的上帝。这是“约”能够成立的前提。上帝在《圣经》中被称为“大君王”，在各种比附专制主义的偶像崇拜论（包括国家主义）看来，最高君王就意味着无边的权力和意志。这种无限的主权观是对“信实”的彻底颠覆，也使政治哲学意义上的“立约”成为不可能，只是欺骗或临时的妥协。但对以色列人来说，上帝的最高权柄并不意味着“想做什么就做什么”，而是意味着“说什么就是什么”。上帝说出的每一句话必成为事实，话语本身就是创世的力量。神说要有光就一定有光，神说爱世人就一定爱他到底。这就是“全知全能”的概念。上帝至高的属性是“信实”，信实带来了全知全能。如果在神那里，话语和话语所指向的对象是断裂的，神就是“不自由”的，神的全能和至高就有了破绽。在这里我们发现了立宪主义的源头和奥秘，自由和全知全能是怎么成为可能的？《圣经》所启示的这个世界的最高真理，就是自由来自于神的自我约束。“我必不将我的慈爱全然收回，也必不叫我的

---

① 汉斯·约纳斯：《奥斯维辛之后的上帝观念》，张荣译，华夏出版社2003年1月版。

② 指旧约圣经的前5章，一般认为是摩西所写，写作时间距今大约5000年，涵盖了神的创世和对以色列的拣选。因为记载了神与以色列人立约的诫命，也被称为律法书（The Law），其中集中体现了旧约时代的政治哲学。

信实废弃。我必不背弃我的约，也不改变我口中所出的"[1]。犹太—基督教的信仰正是对这一自我约束的上帝的信仰，这一约束的实质是神对人的爱与救赎的意志。爱与救赎也正是"约"所要开创的意义。这是《圣经》中隐含的第一重的信实之约，是神指着自己所起的誓约。

按照列奥·施特劳斯对《创世记》的政治哲学式的解读[2]，《创世记》中"记载了上帝的两次创世"，第一次是造人与诸世界，第二次是"大洪水"之后，神通过他所拣选的先知挪亚与大地立约。在《圣经》中我们看到"约"的起源，是一个与民事契约的逻辑相反的过程。神作为造物主，完全没有必要与他的被造物立约，神降卑自己与人及一切活物立约，只是出于"无缘无故的"爱和对主权的放弃。"我与你们立约，凡有血肉的，不再被洪水灭绝，也不再有洪水毁坏地了"，"我把虹放在云彩中，这就可作我与地立约的记号了"[3]。这一"彩虹之约"（也称挪亚之约）被称为圣约（covenant），成为一切人间契约的起点。施特劳斯说，在这两次创世之间，相当于霍布斯等自然法学家所描述的"自然状态"，即一个堕落的无秩序的状态。以《创世记》中该隐杀死自己的亲兄弟亚伯为典型，用霍布斯的话说是"一切人对一切人的战争"。上帝立约的目的正是要将人类从种种罪恶中拯救出来。上帝接着拣选先知亚伯拉罕和他的儿子以撒、孙子雅各（以色列），与以色列民族立约，建立地上的国。之后拣选先知摩西率领以色列人出埃及，为以色

---

① 《旧约·诗篇》第89章33、34节。

② 参见列奥·施特劳斯：《〈创世纪〉释义》，载《道风：基督教文化评论》第15期，及刘小枫、林国基的相关论述。

③ 《旧约·创世记》第9章9节、13节。

列人颁下律法。由此形成了《圣经》中一个系列的神与人的立约链。“出埃及”是立约的目的论的一个象征，施特劳斯之所以将圣约视为神的第二次创世，因为神与人的立约带来了一个救赎的理想。上帝允诺将“流淌着奶与蜜”的迦南地赐给以色列人，意味着“这个世界并非都是埃及”。意味着这个世界除了奴役、专制和罪恶之外，“还存在着完全与之相反的可能性，那就是自由”[1]。

在《圣经》中第一次出现人与人的立约，是亚伯拉罕与亚比米勒立约，这是两个部落族长之间的政治盟约，是《圣经》中的第二重约。亚比米勒要亚伯拉罕“指着神对我起誓”，亚伯拉罕说“我情愿起誓”。亚伯拉罕给起誓的地方取名叫“别是巴”，意思是“盟誓的井”[2]。“约”的约束力，开始移到了神不在场的地方。“人若向耶和华许愿或起誓，要约束自己，就不可食言，必要按口中所出的一切话行”[3]。人的话语藉着在神面前说出，从而仰望和依赖神的信实。将立约的道德基础和信实的品质建立在彼此对一种超验背景的信靠上。“约”因此在两个陌生人之间成为可能。在神面前所立的这约仍然是“圣约”。这比霍布斯通过简单类比为社会契约所赋予的神圣性更加落实，也更为谦逊。

最后一重是人与人背弃和否定神之后的相互立约。如中国的法家或现代实证主义法律观下的社会契约论。多数大陆法系国家将“民事契约”解释为“意思表示的一致”，如果以此同

---

① 参见肖滨：《在约法之下——创世记和出埃及记的政治哲学解读》，载《现代政治与传统资源》，第85页。

② 《旧约·创世记》第21章22～32节。

③ 《旧约民数记》第30章第2节。

溯去推论社会契约，就是一种典型的创世论的契约论。就像父母加在一起，造出前所未有的东西。这种契约的约束力无法仰望和依赖于从神而来的信实，不能建立在对任何超验价值的信仰上，人的话语凭自己无法获得一种具有道德正当性的约束力，人把自己的话语（Words）给了别人，只是把“能指”给了别人，与“所指”没有关系。为什么非要遵循一份意思表示一致的契约？站在实证主义的立场，只能将契约的约束力建立在人间法律的威慑之上，或以经济动物的功利盘算来论证一种世俗的合理性。这种立场一般也是以维系私法中的契约秩序，但在公法上就并无解释力。一句“民不畏死，奈何以死惧之”，就足以颠覆一切宪法秩序了。宪约不过也是一种话语，如果立宪主义不相信以暴力驯服暴力的道路，那么用一种话语来驯服世界，又何以成为可能？

1.3 从圣约到宪约

What is the Law but the Voice of God?
（除了上帝的声音，律法还会是什么？）

——Robert G. Jacobs

在宪政主义的契约论背景中，“圣约”与“契约”是一种历史性的区分[1]。具有超验背景的“圣约”（covenant）是根置在人类经验当中源远流长的传统。犹太—基督教文明的根基是一个上帝与人类立约的传统。而以色列人受到的磨难也被认为是悖离了与上帝的立约所致。这一具有超验背景的圣约传统对现代宪政主义和联邦主义的形成，产生了直接的影响。从基督

[1] 刘军宁：《联邦主义：自由主义的大国方案》，载《自由与秩序：中国学者的观点》，中国社会科学出版社2002年6月。

教的圣约观到清教徒的立宪主义之间，一个涵盖观念史也涵盖制度史的走向是，神若不愿约束自己，人就不可能约束自己。神若不愿与人立约，人就无法与他人立约。虽然霍布斯的契约论被普遍认为更接近于卢梭而不是洛克。但他使用的契约概念仍然是“圣约”（covenant）而不是契约（contract）。卢梭则是一个反基督的无神论者，他的社会契约概念仅仅是商业契约概念向政治哲学领域的简单延伸。

17世纪初，法国出现了一本轰动一时的著作《契约论》，书中认为社会的真实基础是上帝与人民之间的圣约，而政府的产生则基于第二个契约，即国王与人民之间的缔约。在这样的契约中，人民的效忠是以政治开明和国王遵循上帝的意旨为前提的。这个前提不存在，人民就有反抗的权力。这是欧洲人文主义早期以圣约为基础的社会契约论，也是一种神权政治下的契约论，它把国王和人民视为两方的缔约者，暗示着国王的权柄仍然有着单独的神圣来源；这与后来在广义的人民主权理论下出现的契约论有根本的不同。在霍布斯之后，社会契约论的概念通常是指人民之间的契约，而不是人民与政府的契约。

所谓圣约，“乃是一个有道德根基的协约或约。它建立在自愿同意和共同的誓约或允诺之上。由相应的更高的权威作见证，在不必平等却相互独立的人民或各方当事人之间达成。(圣约) 大多数即使不具有永久性，也意味着无期限的持续。圣约能为各种不同的目的而联结任何数量的同伴，但其本质一定是政治性的，因为它们联结的最重要的目的是建立政治和社会的共同体”[①]。

① 《基督教圣约传统》，曹志编译，《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑。

基督教圣约观有两个核心特征对英美的宪法概念和宪政主义的发展有着深刻影响，使英美的宪法和那些仅仅受到创世论的社会契约论影响的宪法（如法国和前苏联的宪法）有根本的区别：

一、被动领受的契约观。圣约是造物主与被造物的立约，这表明最初的约乃是在不平等的主体之间发生的。没有一种更高的权威介入，平等主体之间没有自我约束的能力。因此圣约不是意思表示的一致，圣约是由神的拣选和人的领受构成的。这就和"一个立下由其继承者执行的遗愿和遗嘱的遗嘱人相类似"，正如遗嘱人与其继承人不在同一个地位却践履一种共同的责任一样。因此《圣经》的希腊语译本（七十士译本）最终选择了"diatheke"一词来表示"圣约"，取希伯莱语中的"见证"之意，也被翻译为"承约"[①]。这是"约"与中国传统的"道"的最大区别。其一，"约"不是道或真理本身，约只是真理启示他自己的见证，是以此为凭的确据。其二，人的地位不是缔约者，而是一个承约者。守约是向着神的话语的顺服，不是有权向对方提出主张的对价。当神人之间的关系从旧约递进到新约，将这一被动的领受推向了极点。人守不住律法，上帝遣他的独子耶稣基督来到人间，在十字架上以基督的"宝血"替人付这守不住的代价，同时成全"约"的公义和"爱"的丰盛。在基督与人所立的"新约"中，第一，救赎的希望转向恩典下的"因信称义"，不再指向地上的国王和律法。第二，人的承约者的地位，完全来自于神的恩慈、拣选和保守。这样的圣约观尽管建立在宗教的信仰背景上，但"在特性上是世俗的

① 《基督教圣约传统》，曹志编译，《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑，第37页。

而非神权政治的”[1]。人可能“替天行道”，却不可能替上帝履约。任何这种倾向和念头，是对十字架上的上帝的公开叛乱。“约”与“道”相比，有着清晰的对人的地位的界定，和对具体的约束内容的坚持。因此在17、18世纪清教徒的复兴中，能够贡献出世俗的圣约观，成为淬炼现代立宪制度的熔炉。

二、自我限制的自由观。圣约的希伯莱词“brit”，意思是分离和连系。圣约包括一切事物的分离，又包括它们的重新统一。旧约也被称为“律法之约”，如上帝与亚伯拉罕立约，“我必使你的后裔极其繁多，国度要从你而立，君王从你而出。我要与你并你世世代代的后裔坚立我的约”。同时，“你们所有的男子都要受割礼，这就是我与你、并你的后裔所立的约，这是我与你们立约的证据”[2]。割礼的政治哲学意义是非常鲜明的，它并非指向一种物质上的代价，而是要求人割去自己的血气、意志、欲望乃至知识和理性的一部分。在新约中，使徒保罗将洗礼视为基督徒所受的割礼。信徒在入浸时归于基督的死，与基督同钉十字架。在出浸时靠着恩典，因着信心而在灵里重生，将自己的生命归于基督复活的身体。因此新约也被称为“恩典之约”。人若不接受被一种更高的价值约束，不愿通过被限制而破碎自己的完整性，就不能被归于圣约之下。因为上帝自己也是以自我限制的受难方式来启示这一立约的。立约意味着立约者和承约者都要割去自己的一部分，通过放弃而得到自由。这是基督教圣约之下的自由观，没有约（束）就没有自由。对英美立宪主义的发展而言，“圣约的自由”与“本性的

---

[1] 《基督教圣约传统》，曹志编译，《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑，第27页。

[2] 《旧约·创世纪》第17章4－11节

自由”这一区分[1]，比伯林所言的“积极自由”与“消极自由”的区分更为根本。犹太—基督教文明的割礼和洗礼仪式，形象的展现出一个约中“分离和连系”的两个部分。而在卢梭和康德式的契约论中，往往只强调联合的一面，不强调割去的一面。或者只要求公民个人的割礼，不要求国家和一般之人民的割礼

一、构成美国宪法基础的圣约观和约法文件。

圣约传统也是美国宪法的一个直接背景。从圣经中的数次立约，到相信上帝与北美居住者之间的圣约，这是宪法在美国能够成为一种世俗化信仰的根基。不仅宪法因其超验的在先价值而被看作是半人半神的，甚至在美国有一种解释认为宪法就是“由一群半人半神的人物制定的”[2]。2000年美国总统大选争端之后，一位美国作家曾自嘲地说，美国宪法“是一种由天才们设计、供蠢才们运作的体系”。1620年，第一批远走北美的150名清教徒，在船上签署了著名的“五月花号公约”。在某种意义下，可以认为这是北美的第一份宪约。在他们尚未踏足彼岸的土地之前，已经拟妥了这一份圣约背景下的约法文件：

奉神的名，阿们！我们乃可敬畏的至高之主暨詹姆士国王陛下忠诚之民，署名如下（见附录名册），……为了神之荣耀，吾等向以竭诚尽力推展信仰，维护吾王吾民之荣誉自居，今日更将启程前往维吉尼亚北区建立首一之殖民地；此时此刻，于

---

① 1645年，马萨诸塞共和政体的创始人约翰·温斯罗普，在对议会演讲时明确了这一区分。他说人的自由是双重的自由，圣约的自由是一种道德的自由。没有它，权威、公义和诚实就不能存在。见《政治神学文选》（第二版），第55页。

② 《序言》，见林顿·罗西特，爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店1997年11月版。

神面光之中暨众人之面前，吾等立约，以更美善之秩序、维护、达成上述目的为名，筹建一公民政体。

1630年，美国开拓初期杰出的清教徒，马萨诸塞的首任总督约翰·温斯罗普，在另一艘船上对他的乘客们发表了著名的布道《基督之爱的典范》。大海中的一艘船，就像一个临时的共和国，也是社会契约论的一间天然的实验室。来自不同社会阶层的人们，只有通过"能获得某种自由的某种义务的假定和同意"，才可能摆脱在原有社群中的出身论，成为船上一个平等的乘客。在好莱坞电影《泰坦尼克号》中，穷小子杰克一旦登上那艘开往美国的轮船，一个"走向共和"的历程就已经开始了。这是泰坦尼克号的故事之所以动人的部分元素，也是美国的立宪过程为什么总是从船上开始的原因。温斯罗普在他的布道中对第一代英国清教徒移民在新大陆所开创的事业作了回顾，声称"因这未竟之事业，我们和上帝立下圣约，我们已领受了一份委托状……"他通过对"坚持圣约条款和奉献基督之爱"这一超验价值的宣扬，其一，竭力平衡每个乘客在这个偶然的共和体中的平等身份；其二，竭力平衡一个营利性的商业共同体与一个源自圣约之爱的政治共和体的关系。在这两方面，温斯罗普都为美国的立宪政体树立了典范。因此有学者将他的《基督之爱的典范》称之为"美国从圣约到宪约之深化过程中第一台阶的一级"。

美国立宪主义的发展正是一个从圣约到宪约的过程。圣约观说明了政治契约论有着古老的缘起，并不是商业契约的简单延伸。反过来也可以在此背景下去理解商业契约的神圣性来源。与卢梭式的实证主义解释相反，如前述《圣经》中四重约的原型，商业契约的神圣性正是比附于古老的具有宗教背景的政治契约才得以传递的。正是超验背景的存在提供了誓词和承

诺的神圣效力。允诺在本质上是一种誓约。超验的誓盟构成国家的起源，这有着历史经验中的传承，并非书斋里的理论假说。梅因认为法律起源于宗教，而誓盟就是宗教背景下最初的法律渊源之一。为什么一个允诺不经对方同意也能够有效？因为赌咒发誓的人即便站着，在理论上他也是跪着的。当事人跪在上帝、鬼神、天道或自然法的面前缔约，借助超验价值使自己的话语获得约束力和正当性。用康德的话说，当事人有没有真的下跪并不重要，但在理解契约论的神圣性来源时，必须假定他们当真跪下了

在北美清教徒的立宪主义实践中，圣约观直接催生了宪法概念的产生，提供了最初的宪政的在先约束。清教徒政府的立宪实践，领先于洛克至少二代人的时间。北美最古老的宪法性文件《弗吉尼亚殖民地神圣政体和军队的条款、法律和规则》订立于1610年5月，比洛克发表《政府论》早了80年之久。后来洛克的契约论将超验的基础转移到自然法理论上，否定了菲尔麦的“统治的权力最初来自于上帝与亚当的立约”这一源自基督教圣约传统的政治哲学，并对之后的联邦党人产生了深远的影响　自然法和契约论的影响，主要塑造了美国的民主观念，圣约传统的影响则主要塑造了美国的宪法观念。美国学者佩里·米勒（Perry Miller）对美国立宪的理论基础作过如下的归纳：“对清教徒而言，基本观念乃是圣约，主要是一个宏大神学的概念，它亦成为一种社会理论，在清教徒的系统阐述中，他主张一个政治社会若能正当的建立，不仅要有来自被统治者的同意，还要有一种不是根据人民自己设计的条件，而是只以上帝永恒的正义之法的预定条件为依据的协议……”在北美的共和体形成过程中，人类的意志被置于一种道德的监督之下，“人们必须相互进入圣约和协约以明确他们在新大陆寻求的自

由将是一种圣约的自由（或联邦式的自由），即在上帝之下立约、守约并按其条款生活的自由，而不仅仅是一种本性的自由，即按人意愿而行动却只受其本性或邻人之限制的自由"①。

从上述弗吉尼亚的宪法性文件，到1787年美国宪法为止，北美的基督徒总共写下数百种各式各样的协约、约定和法规。最常用的概念有三个，圣约（covenant）、协约（compact）和契约（contract）。圣约和协约两个术语交替使用，一直到1791年之后。那些受传统基督教影响相信政治事务由上帝掌管和默许的人，继续使用"圣约"，那些受到启蒙运动和自然法理论影响的人则开始使用"协约"一词。这样的分别并未严格的被遵照过，但却始终存在②。美国学者多纳德·卢兹收集了从1610年到1721年间，13个殖民地中的11个殖民地所签署的总共74个宪法性文件。卢兹从对上述文件的分析中发现了四个基础要素：人民的创建，政府的创建，自我限定条款，和对一种特定政体的描述。当第三个要素出现后，意味着权利法案作为对政治的在先约束的产生。这些文件一共使用了13个术语，直观的显示出一个从圣约主义到宪政主义的复杂脉络③：

1．宗教圣约（religions covenant），多为基督教新教团体使用。

2．世俗圣约（civil covenant），表明人民在行使权力，一般会很快演变成协约。

---

① 《基督教圣约传统》，曹志编译，《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑，第44页。

② 《基督教圣约传统》，曹志编译，《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑，第46页。

③ 《基督教圣约传统》，曹志编译，《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑，第60页。

3. 誓约（oath），在单独使用时通常只包括第一和第三个基础要素。

4. 协约（compact），其使用显示了人民主权理论的发展。

5. 契约（contract）

6. 组织法（organic act）。

7. 协议（agreement）

8. 合约（combination）。

9. 基本法（fundamentals），是法令的一种变型。

10. 法令（ordinance），这个词的原义是神的规条和仪式，通常会在立法机关行使权力时使用，一般只包括后两种要素。

11. 特许状（patent）。

12. 宪章（charter）

13. 宪法（constitution），在是否应当包括第三个要素（权利法案）上出现过很大的分歧。

二、古代中国的政治盟誓。

从中国历史经验看，也有两种"合约"的形式。一种是百姓之间的民事契约，一种是政治组织之间的"盟约"。在中国古代，盟约也明显具有宗教和超验的背景，和极其古老的起源，也不能看作民事契约的简单演化。尽管这一超验的誓盟传统在缺乏一神教背景的中国，比在基督教传统的西方社会弱得多，但并不就比古代中国的民事契约传统更弱。从起源上说，一种平等和非暴力的民事契约的出现，明显是晚于氏族之间的盟约或政治誓约的。古时，一般中国人在尚未学会做买卖之前，可能已经学会了拜把子。梁山泊聚义，他们的誓约说：

自今已后，若是各人存心不仁，削绝大义，万望天地行诛，神人共戮，万世不得人身，亿载永沉末劫。

当初成汤伐桀时，和各方部落在野地立下了一个誓盟，叫

做“汤誓”。其中声称“夏氏有罪，予畏上帝，不敢不正”。周武伐纣，也在牧野汇合部众及鬻熊率领的“庸、蜀、羌、髳、微、卢、彭、濮”等地的南蛮人作誓，称为“牧誓”。这种誓盟的效力直接来源于超验的宗教背景，而非结盟者唯意志论的“合意”。汤誓中允诺“尔无不信，朕不食言”。这两个誓盟在内容上有点类似英国中世纪的大宪章，在方式上类似于亚伯拉罕在巴足别和部落王的誓约。是商周两朝实行诸侯分封制的政治哲学的缘起。如鬻熊在伐纣成功后被分封于楚地，成为了楚国的祖先。誓盟作为具有超验背景的政治契约，构成了中国贵族分封制度的政治合法性源泉。根据《周礼》的记载，诸侯之间的盟书具有很高的宗教和道德约束力。“凡邦之大盟约，其盟而登之于天府”[1]。但汤誓也好、牧誓也罢，超验的背景都是隐约的，权益的分配就更加模糊。东周后随着专制主义的兴起和超验背景的礼崩乐坏，后世就几乎没有机会像英国大宪章那样，有机会实现从圣约到宪约的虚君立宪了。

但誓盟的神圣性传统在中国仍然一直存在。古往今来一切政治性盟约背后，都随时有着鬼神的影子。东汉末年刘关张桃园结义。书中一句“不求同年同月同日生，只愿同年同月同日死”，被毛宗岗批为“千古盟书，第一奇语”。后世梁山好汉，天地会英雄，中国民间社会的异姓结义无不延用此语。这话分两截来说，前面“不求同年同月同日生”，似乎是废话。但这话其实暗含了超验誓盟向契约发展的一个关键，即结盟者的个体平等。“同年同月同日生”不是一个简单的时间或年龄问题，在古代中国的语境中，生辰八字意味着命数，人的各种生而不

---

[1] 《周礼·秋官·大司寇》，引自刘军宁：《联邦主义：自由主义的大国方案》，载《自由与秩序：中国学者的观点》，中国社会科学出版社2002年版

平等都可以归在生辰的不同上。“不求”的意思就是不追问，不在乎。不在乎出身、贫富、性别、智力、美丑等任何先天的差异，或者说这些差异对“结义”而言没有意义。那么所谓平等又如何见证呢，就在“同年同月同日死”上。死亡面前的人人平等，意味着经过坟墓，义结金兰者将平等地站在上帝或鬼神的面前。这种平等和基督教背景下的平等一样，是一种灵魂的平等。有了灵魂的平等，才会有“权力必须建立在相互同意之上”的政治契约论。所以刘关张的政治盟书，意思并不是非要死在一起不可。而是这样宣称：

我们的肉体不平等，但我们在此承认彼此的灵魂是平等的。

这正是刘关张的结义激动人心的地方，也是缔约被称为结义的原因。桃园结义的内容是“同心协力，上报国家，下安黎庶”，其实质也是一份政治盟誓而非私人契约。关羽卖命，刘备出汉室宗亲的品牌，张飞散尽家财，三人都是政治盟约中的投资方。这盟誓和汤誓、牧誓一样，暗含了缔约者的平等地位，构成改朝换代的合法性根据之一。这就产生一种压力，要求结盟者之间有一种至少是纵向上的“共和”关系，即贵族分封制。

从汤誓开始，凡誓词中关于“违约责任”都说得极为严厉，甚至令人惊悚。如《汤誓》说“尔不从誓言，予则孥戮汝，罔有攸赦”。赵匡胤在镌刻有“不准杀士大夫上书言事者”和“凡柴氏子孙，有罪不得加刑”的誓碑上，对后世声称“不遵此训者，吾必不佑之”。尽管不能和基督教的圣约传统相比，但直至20世纪，这种超验的盟誓传统还依然具有一定的政治整合力。如近代各种政党在成员加入时，都有依照誓辞发誓的结盟仪式。孙文组建中华革命党时，甚至还让党员以血手印为

盟，1928年蒋介石初步完成各路军阀的统一，为增强政治合法性，在“削藩”的军事整编会议上公开仿照汤誓、牧誓和水浒传、刘关张的格局，率各路党魁及集团军首脑60余人在孙文像前举行盟誓仪式，誓词中说：

敬以至诚，宣誓于总理灵前：委员等遵奉总理遗教，实行裁兵救国。对于本党之一切决议，竭诚奉行，不敢存丝毫偏私、假借、欺饰、中辍之弊。如有违犯，愿受本党最严厉之处罚。谨誓。

1.4 社会契约论

契约论，给予了最残忍的暴政以最不适当的正当性论证。

——休谟

任何人放弃其自然自由并受制于公民社会的种种限制的唯一的方法，是同其他人协议联合组成一个共同体，以谋他们彼此间的舒适、安全和和平的生活。

——洛克《政府论》(下篇)

社会契约论是关于国家如何从自然状态中获得一种合法性起源的理论，近代私法内的契约自由为契约论提供了最流行的概念支撑。国家被看作最大和最初的一个契约，它的合法性来自于人民的“同意”，这为民主制度提供了一个逻辑架构。用卢梭的话说：

我不需要对那些我没有对之做出承诺的人付出任何东西。因为政治的结合乃是世界上最自愿的行为，每个人既然生来是自由的，并是自己的主人。所以在任何借口下，任何别人都不能不得到他本人的同意而使他成为臣民。

在霍布斯的描述中，最初的自然状态是一种非常可怕的境

地，因为人们出于自我保存的欲望，在无秩序之下展开一场“一切人对一切人的战争”。在洛克的描述中，自然状态则是一种缺乏裁判权的状态，每个人在一切冲突中都是他自身利益的最高法官。他只能基于自己的良心，对自己的判决结果“在最后的审判日，向万民的最高审判者承担责任”①。洛克这种说法引入了道德信仰的因素，已经相当温和。但对这种毫无安全感的境地，英国宪法早期的阐释者布兰克斯通仍然不无悲凉的认为，“任何政府都强于无政府”。

也有人并不同意这种看法。因为医生说不定比疾病本身还糟糕。被统治是一种怎么样的状态？著名的激进主义者蒲鲁东曾描述过一个国家内部的境地，他对被统治状态的描述是人类思想史上最悲惨的，甚至比霍布斯笔下的自然状态更令人毛骨悚然②：

被政府统治就是被那些既无权利、又无智慧和德性如此做的人观察、监视、调查、指导、立法、计数、调整、注册、教训、劝诫、控制、阻止、估量、评价、检查和命令。被政府统治就是在一切工作和交易中都被注意、登记、计算、抽税、按印、衡量、统计、估价、批准、授权、监督、防范、禁止、改造、纠正和惩罚。就是以公共利益和一般幸福之名，被迫做出捐献，并被训练、诈取、剥削、垄断、抢夺、压榨、勒索、抢劫，然后，如有最轻微的反抗或刚开始抱怨，就要被压制、处罚、辱骂、侵扰、追逐、虐待、挨打、缴械、拘留、窒息、监

---

① 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳等译，商务印书馆1994年版，第21节，第15～16页。

② 诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1991年版，第19页。

禁、审判、定罪、枪击、押送、牺牲、出卖、陷害；就要被示众、嘲笑、讥讽、愚弄、施暴和丧失名誉。这就是政府，这就是它的正义。它的道德。

——蒲鲁东《19世纪革命的普遍观念》

仅有一个政府是不够的。仅有一个霍布斯意义上的绝对君主专制的怪兽"利维坦"一样的政府，仅有一个卢梭意义上的要求绝对服从"公意"的政府，或一个应罗伯斯庇尔的要求"充分利用国家权威的力量大规模镇压各种党派"的政府，都是不够的。但霍布斯和卢梭，恰恰是社会契约论最著名的两个阐述者。他们的观点是比较接近的。另一个著名的契约论者德国哲学家康德，基本上也更接近于卢梭的模式。因此历史上大致有两种主要的契约论，是卢梭式的契约论和英国清教徒洛克提出的契约论。

一、契约论的理论分歧。

两种契约论有三个重大的区别。

第一，洛克承认在人们缔结社会契约之前，财产权是先于国家而存在的。他描述的自然状态有所不同，他认为自然状态是一种属于自然法的自由状态。由于存在"自然权利"，每个人都有权惩罚违背自然法侵犯自己的人。洛克继承自然法和基督教的传统，明确提出了"天赋人权"的概念。前述承认个人权利的在先性，正是宪政主义的基础。而卢梭和康德都认为财产权在自然状态下是不存在的，对产权的界定只能产生于社会契约之后。一个是权利最大，一个是契约最大。因此大而化之的说，洛克的契约论带着超验价值和宪政至上的因素，而卢梭的契约论则是一种唯意志论的契约论，这种契约论预设了民意和国家理性的至高无上，不认为在个人意志的汇合之上，还存在更高的和在先的价值约束。

第二，卢梭提出在人们缔结社会契约之后，存在一个绝对的“公意”。人们一旦缔约，服从国家权威就成了服从自己的意志。既然公意是至高无上的，还有什么必要和凭什么理由去制衡“公意”下的国家呢？这就暗含了反宪政的立场。而洛克坚持一部分天赋人权是缔约者没有也绝不可能让渡的。这部分没有让渡出去的先于国家而存在的个人权利，就成了对“有没有必要制衡和凭什么制衡”的回答。

第三，在洛克那里，契约论和他的立法与行政相分立的均衡政体思想相结合。社会契约论仅仅表明立法权归属于人民，并不表示人民作为缔约者应当直接掌握全部国家权力。但卢梭是反对分权制衡理论的，他的契约论是整全性的，表示着一切权力属于人民。

洛克的契约论，可以称之为超验价值下的经验主义立约，他认为在某些地方，社会契约不仅是理论上的假设，且是一桩历史事实，至少有些政府的确是建立在某种确定的契约基础上的，尽管这些契约并未得到全体人民的一致同意。卢梭和康德的契约论相反，可以称为一种唯意志论下的先验主义立约。在他们眼里，社会契约是一个先验的理性概念，而非历史事实。人们有没有真同意过这样一份契约对这个概念并无影响，重要的是我们可以借助契约论的观念来理解国家的合法性，并对国家行为构成一种道德价值上的指导和审视。因此康德说，我们在理解国家的合法性时必须假定这样的契约曾经发生过[1]。康德对契约论带来的对国家的道德审视的强调，部分的具有宪政的意味，这是他与卢梭的公意论不完全一致的地方。

---

① 李梅：《权利与正义：康德政治哲学研究》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 234 页。

所谓“同意”，是一种以个人意志为依据的一致性。把国家（包括法律）的合法性完全建立在这上面，这样一种唯意志论的契约论正是现代民主制度的基础，它的兴起和新教改革以来强调个人道德抉择的人文主义，和启蒙运动以来理性主义的高度张扬有着密切的关系。这种国家学说背弃了西方的基督教信仰和古希腊以来的自然法传统，因此在法治传统浓厚的英国受到了休谟、斯密等反契约论者的批评。他们认为意志本身是欠缺价值约束的，而一种没有在先价值约束的国家是不可想像的。国家不能是“没有原则的国家”[①]。历史证明了他们的担心，因为卢梭式的契约论的确导向了极权主义的民主。而洛克式的契约论，其实是卢梭与休谟之间的一种折衷，他的契约论以天赋人权的价值约束为前提，是意志论和超验价值的妥协。意志论指向民主制度，超验价值的在先约束指向宪政，洛克的契约论正是立宪政体所依据的契约论

后来黑格尔成为国家契约论在另一个方向上的重要批评者。他的历史目的论的国家学说，把类似于基督教信仰的超验价值，内化在国家的历史理论中，把上帝之城搬回地上的恢宏历史，从而也瓦解了社会契约的唯意志论起源。这种学说在后来的马克思主义那里得到发挥，出现了一种既不同于神权国家，也不同于社会契约国家的另一种现代国家形态，即意识形态国家。在这种国家学说衰微后，当代美国的自由主义左翼思想家罗尔斯，在其巨著《正义论》中，使古典的社会契约论获得了新生。罗尔斯也反对唯意志论的契约论，他试图把“正义”这一超验价值确立为在平等原则下缔结社会契约的一个在

① 在2005年底的“基督教与宪政”讨论会上，秋风提出他对宪政的定义，即追求原则的政体。他所谓原则和笔者所讲的价值约束基本是一致的。

先约束。他的道路本质上是洛克式的，也要把意志论的社会契约和自由主义的在先价值结合起来。但他又不满意于洛克看似粗糙的经验主义的"权利"概念，因此他在概念和论证方法上又完全回到康德式的道路。换句话说，就是反自由主义的论证方式。构成宪政自由主义在先价值约束的核心概念，无论在洛克还是休谟那里，都是"权利"或"法律下的自由"。但罗尔斯企图把这一低调的核心概念努力推到高调的"正义"上去，却又不愿回到基督教信仰的"圣约"传统和人与神的关系中去界定正义，于是他的"正义"就只能是一个康德式的唯理主义概念，既缺乏政治神学的源泉，只能用"无知之幕"来搪塞，又缺乏历史主义的渊源，只能用抽象化来敷衍。他的努力因此受到自由主义思想家诺齐克、哈耶克等人的有力抨击。

二、契约论的经验历史。

1215年，在英国，一些男爵不满约翰国王的专制暴行。他们在一个风高月黑的夜晚绑架了国王，后来坎特伯雷大主教蓝顿（Steve Langton）出面调停，提议在国王和人民两造之间达成一项契约，并由一个25位贵族组成的委员会监督宪章的执行，在国王违背宪章的时候有权对国王进行包括武力在内的惩戒。据史书记载，约翰王当众宣誓遵守宪章后回到家中，"他扑倒在地上，在愤怒中拼命咬他的手杖和草"[①]。蓝顿大主教组织起草了这份被称为《自由大宪章》的政治契约，从此揭开英国古典宪政主义的开篇：

约翰，因着神的恩惠，身为英国国王、爱尔兰大主公、诺曼底公爵、阿基坦公爵，以及安茹伯爵，现在对他的大主教、主教、修道院院长、男爵、司法官、林务官……及效忠他的百

[①] 陈奎德：《近代宪政的演化》，观察网站。

姓们请安。汝等知悉，吾人在神光之下，在吾人与祖先灵魂救恩之中，以及在神的荣耀之前，誓将推行圣洁的教会，并改善领土……首先，在神允准之下，为吾人后代永世之故，批准大宪章：

英国教会应持有自由，拥有其完整之权力与自由……吾人并将自由赋予居住在本国地土上之所有自由人，以及他们的后裔，他们以及他们的后裔将永远配享一切成文和未成文之自由。

按照洛克的观点，尽管由全体人民缔结社会契约这种完美的契约论是一种理论假设，但国家权力产生于某种政治盟约，却是一种经验事实。宪法概念从其产生始就与契约概念有着密切的勾连。如英国的《自由大宪章》被视为人类社会最早的一份宪法性文件。作为历史经验的契约论，至少有两个主要的经验来源，一是基督教背景下的契约观和“圣约”传统，一是封建制度所蕴含的契约传统。许多思想家如韦伯等人，都看重封建制度在宪政发展史上的地位。在贵族分封制度下，国君不过是封建领主序列中最高的一层，在每一层的封建主与其封臣之间，有着各自较明确的权利义务，这种权利义务尽管是不对等的，但对封臣权利的承认，已经包含了一种契约关系。封臣并不是绝对无条件地臣服。契约的概念自然预设了领主与附庸彼此间的某种平等性。贵族分封制度本身就是一种分解和限制君权的制度，这和欧洲后来出现的绝对君主制以及中国封建制度在西周昙花一现之后的专制主义君主制，都有本质的差别。尤其是“附庸间接化”原则（附庸的附庸不是附庸，封臣的封臣也不是封臣）更加巩固了这种政治权力契约化的差序，并带来了地方自治的传统。

封建制度的契约化，也是英国出现大宪章的一个因缘。男

爵们迫使国王在宪章中承认的那些权利，不是从天而降的。大宪章不过是迫使领主重新承认了封臣在契约化封建传统中原本拥有但并不稳定的地位。在封建制度下，严格说并不存在一个现代意义上的主权国家，每一个封臣在自己的封邑之内，都是一个拥有自主权力的领主。因此封建等级之间的契约化的服从与尊重，本质上是一种私法的关系。但大领主毕竟具有超越小领主之上的力量、权威和神圣地位，因此这种私法意义上的封建契约能否得到领主的尊重，是因人而异、因时而异的。如约翰王就肆意践踏贵族们的权利，把自己的权柄伸进那些有能力伸进的地方。因此《自由大宪章》是一个将封建契约下的私法权利转变成立宪主义下的宪法权利的起点，这也验证了哈耶克关于宪政在本质上是以公法的形式实施私法的洞见。从大宪章开始，私法意义上的封建契约转变成宪法意义上的国家契约，通过封建契约确立的私法权利则转变为通过大宪章得以确立的公法权利。观察英国从封建走向宪政的历史，宪法的起源，本质上就是从私人契约到国家契约的转换。

研究中世纪政治思想的学者阿尔曼，曾这样说[1]：

封建制度有助于让从君主神权到立宪君主制或有限君主制的变迁过程较为平顺。从神权的基点到宪政体制，路途血迹斑斑，革命为其路标。从封建的基点到宪政体制，其路途则以平稳的演进为特点

这一看法无论放在英法两国的比较、还是放在中日两国宪政转型的比较上，都不失为中肯的归纳。

三、契约论与联邦主义

① 钱永祥：《关于西方宪政思想根源的一些想法》，载《纵欲与虚无之上——现代情境里的政治伦理》，三联书店2003年版，第150页。

联邦主义[1] 和契约论基础有着紧密联系。“federalism”（联邦主义）起源于拉丁语词——foedus，该词意即为“盟约”或“圣约”（covenant），它描述的是一种独特的“盟约关系”（federal relationships）。“盟约关系强调个人之间、群体之间和政府之间的合伙及其誓约、使这种合伙及其誓约得以落实的合作关系以及作为分享权力之基础的合伙者之间的谈判协商”[2]。

如果统治需要被统治者同意，需要同意的显然不只是十万里之外那个遥远的统治者，更要包括离家只有十里路的，那些更经常和更具体的统治者。休谟和康德认为社会契约论不可能具有经验事实，这是指那种发生在每一个社会成员之间的“社会契约”是不可能存在的。但发生在地方之间的、具有联邦主义色彩的政治盟约，却一直活跃在中西方的历史上。如古代社会那些具有超验背景的政治誓盟，大多发生在地方或诸侯之间。从古代封建领主之间的契约，到宪政国家中地方共和体之间的联邦契约，是人类史上和“社会契约论”假设最接近的一种契约关系。这种以地方为单位的政治盟约传统是现代联邦主义的经验基础，而联邦主义则是在“社会契约论”和“人民主权”观念下对于古代盟约传统的一种深化：

第一，政治盟约建立在一致同意的原则之上，本质上是一种私法性质的契约关系。而联邦建立在多数原则之上，从私法内的自治走向了公法内的共和。

第二，建立在政治盟约之上的共和，是一种简单的共和，是城邦或州部之间的一种邦联。而经过了社会契约论改造的共

---

[1] 参见本书第七章《宪政与联邦主义》。

[2] 刘军宁：《联邦主义：自由主义的大国方案》，载《自由与秩序：中国学者的观点》，中国社会科学出版社2002年版，第115页。

和是一种复杂的共和。宪法不仅是城邦之间的契约，同时是人民之间的契约。基于这两重契约，每个公民同时接受地方和联邦双重主权下的统治。

在中央集权日趋衰微、合法性资源欠缺的幅员辽阔的国家，宪政转型和民主化的道路可能与某种联邦主义的道路相重合。联邦主义观念的引入，意味着在政治合法性上给全社会带来了一次重订契约、重修旧好的机会[1]。联邦主义之下，国家中枢的权力将清晰的来自地方共和体的同意和授权，地方不再是中枢的下级。如阿克顿所说[2]：

联邦主义是权力之间相互并列的关系，而不是权力之间相互从属的关系。它是一种平等的联盟，而不是上下之间等级森严的秩序。它是相互制约的各种自主的力量，它是权力之间的相互平衡。由此，自由就出现在其中。

这样一种践履宪政的契约基础的机会，对一个传统的政治共同体完成其宪政化转型，无疑将具有制度安排和收拾人心的双重价值。

1.5 小结

那种把政治契约当作商业契约概念简单延续的观点，是一种反宪政的唯意志论的契约论，也是从休谟到哈耶克坚决反对的契约论。它无法解释契约的神圣性和道德效力，就像休谟责难契约论时提出的问题："我们为什么非得信守自己的承诺不

---

① 季卫东：《宪法的妥协性——对联邦主义和社会整合的看法》，载《宪政新论》，北京大学出版社2002年版，第163页。

② 阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第379页。

可呢?"[1]

对此霍布斯曾做了一个很得意的、语带双关的回答,他说,"如果没有刀剑(sword),信约不过是空话(word)而已"[2]。当契约的约束力仅仅依赖于强权的在场,国家至上的"利维坦"就势必出现。财产性的强制力也是中性的,仅能维持一种功利的权衡。如在商业契约的概念下,所谓契约就是可以违反的允诺,只要按约给出违约金即可。所谓诚信不在于必须履约,只在于违约必须承担赔偿。商业契约的效力是一种世俗的效力,当事人面对契约只需一种利弊权衡的经济人理性。如果履约代价的确高于违约,就理所当然的选择违约并承担责任[3]。但圣约一词至今在一些庄严正式的场合下,仍被作为政治契约的称谓。显示出超验价值对于立宪和结盟的约束力。一战以后成立的国际联盟,使用的是圣约概念(covenant),联合

---

[1] 韦德·罗比森:《休谟与宪政》,第54页,载《宪政的哲学之维》,三联书店2001年版。日本法学家美浓部达吉在《宪法学原理》(第124页,中国政法大学出版社2003年7月版)也曾提出类似的问题,"为什么一经缔结契约,就不能不永久受拘束?为什么迄于子孙,亦有约束力?"。

[2] 小詹姆斯·R·斯托纳:《普通法与自由主义理论:柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》,秋风译,北京大学出版社2005年5月版,第147页。霍布斯所谓的信约,类似合同法上的"诺成性的契约",是指针对未来达成的承诺。

[3] 财产性的惩戒相对而言是一种软约束,为了使其变成硬约束,很长时间内,法律史上唯一的办法是不断提高财产责任,直至刑事处罚,来增强"刀剑"的力量。19世纪后各国针对人身的刑事处罚手段,在财产责任中被逐步废除。但最近针对国内普遍的拖欠民工工资的问题,似乎无计可施。学界和舆论又重新出现将恶意欠薪者入罪的主张。如2005年深圳曾建议全国人大常委会在《刑法》中增设恶意欠薪罪,追究恶意欠薪者刑事责任。2006年1月12日,深圳8名欠薪老板被刑事拘留,国家劳动和社会保障部法制司官员对媒体表态说,"劳动者的工资报酬为私有财产,全国人大正研究在《刑法》等法律中增加欠薪逃匿罪,保护劳动者的劳动报酬权,在相关法律出台前,深圳的做法值得全国推广。"参见《新京报》、《南方都市报》、《燕南都市报》、《成都商报》等大量媒体报道

国宪章则使用英国自由大宪章的用词 Charter。无论是圣约还是宪章，都包含了超验的价值基础，是"一种最弱意义上的政治神学"[①]，而不是一份简单的合同（contract）。只有这种基于超验背景和人类历史经验之上的社会契约论，才是宪政主义的立约基础。

2．私法中的约

2．1 契约和契约自由

契约和财产权，是源自罗马私法传统最卓越的两个概念，也是人类迄今为止的制度史上最核心的两项内容。两个概念都

① 参见林国基：《神义论语境中的社会契约论传统》，上海三联书店 2005 年版。林国基分别在古希腊的超验宇宙观和基督教的创世论下，尤其以后者为中心，借助中世纪晚期邓·司各特的唯名论的和唯意志论的基督教神学命题（意志、偶在和自由），论述了社会契约论的神义论背景和含义。是迄今国内学界对社会契约论的超验背景做出的最精彩的论述。作者基本持一种政治哲学的进路，对基督教的研究持知识的立场，而非信仰和历史的维度。因此将社会契约论视为人类从追求善的政治向着追求政治合法性的政治的重大转变，并将意志视为社会契约论的政治合法性基础。林国基认为社会契约论是一种神义论而非人义论，是最弱意义上的政治神学。社会契约论的最高价值是自由，这种自由是关系意义上的而不是实体意义上的。这些看法充满洞见，代表国内学界对此问题最深入的讨论，但他对基督教信仰下的创世与救赎的、属神的历史目的论与世俗政治的关系轻轻放过。对"约"在基督教信仰中的核心地位的分析较弱，对隐含在圣经传统和以色列政治哲学史中的"圣约"传统及其对清教徒立宪主义的影响，也着墨较少。他所谓的"最弱意义上的政治神学"，即一种"与教会的末世信仰维度无涉的纯粹政治旨趣的政治神学"。但如果政治只处理作为关系的自由，意志成为合法性的基础，那么自由的实体问题是否奥林匹斯山上的诸神？对意志的价值约束又由何而来？这两个问题不在宪政制度的旨趣内，但对这两个问题的回答才构成了宪政主义

跨越了私法范畴，成为沟通公法（宪法）与私法的基石。在宪政主义者看来，宪法是私法的一个结果，而不是私法的渊源。无论戴雪还是哈耶克，他们都在法治主义的传统下面理解宪政，认为宪政就是"以宪法的公法形式去实施私法"[1]。

一个常见的说法称宪法为"母法"，或一种根本大法。这种看法表面上在弘扬宪法，其实贬低了在私法和超验价值背景中得以确立的个人权利的在先性，是一种建构式的和形式主义的宪法观，也与宪政主义的立场背道而驰。宪法是一切国家权力之母，是一切行政法之母。但宪法并不是万法之法，尤其不是私法之母。在宪政主义者眼里，如果有一个万法之母，这个"先天地生，寂兮寥兮，独立而不改，周行而不殆，可以为天下母[2]"的，绝不是一部成文宪法，而是通过一部成文宪法予以捍卫的自由价值。在法律化的表述中，最重要的两项内容即是财产权和契约。一个是静态的，一个是动态的，按照休谟的说法——

"财产占有的稳定、根据同意的转让、承诺必须兑现"

这是人类社会三项最基本的自然法。也可以化繁为简归为两点，就是财产权原则和契约原则。国家也罢，宪法也罢，除了保护这两个核心价值外，并无其它的独立目标。在休谟眼里，整个法律系统只不过是对这三项基本自然法的详尽阐释而已。

亚当斯在担任美国第二任总统后，曾说，"美国的文明建立在契约自由的理论之上"。这里的契约，即通常说的合同，

---

[1] 高全喜：《法律秩序与自由主义——哈耶克的法律与宪政思想》，北京大学出版社2003年6月版，第271页。

[2] 《老子》第25章，杨鹏校注。

是指通过当事人自愿的合意和承诺来进行财产流转和身份变更的各种权利安排。所谓契约自由，也叫契约自治，是指法律承认一份私人契约的效力，并确保承诺将会得到兑现。如此个人可以通过契约的手段来创设和发展与他人之间的各种权利关系。一个商业社会和市民社会，一个自治的民间，以及一笔笔财富的创造和积累，就是在契约自由之下发生的。正是财产权和契约自由，构成了哈耶克所称的人类社会的"自生秩序"循序滋长的主要方式。在 1804 年的《法国民法典》第 1134 条中，契约自由原则第一次获得了书面的正式归纳：

依法成立的契约，在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。

这句话浓缩起来，意思为"契约就是法律"。契约自由就是允许私人之间自己为自己立法。国家承认契约的法律效力，并担任每一份契约的见证人和执行者。这个允许私人之间自行立法的法律范畴，就是"私法"。私人契约的存在凸现出了国家权力的边界。国家承认在一个非常宽广的领域内，是由私人自己说了算而不是由国家说了算，这是国家权力在历史上的一次大撤退。一个用财产权和契约自由围起来的私法空间，可以称为罗马法留给宪政制度最伟大的贡献。

但罗马法是一个"跛足的巨人"，它有繁荣的私法，没有成熟的宪法，这是一个悲剧。因为财产权和契约自由是不可能仅仅凭借私法得到捍卫的。对国家权力而言，私法是一个被容许的事实，而不是一个针对权力的戒条。如果说私法像一个逐渐长大的儿女，公法则是威严的父亲。一个未成年子女，本身没有力量去防止父亲侵犯自己的空间。如果说市民社会是一块草坪，私法回答是否可以种草，怎样种草，以及草坪可以发展到多大。但只有公法才能在草坪周围筑起围栏。只有刑法没有

私法，不可能发展出成熟的草坪，就像中国古代社会。但只有私法而欠缺宪法如罗马帝国，草坪仍然可能被任意践踏。

宪法才构成针对权力的戒条，只有宪政制度才能为私法内的自由举行成年仪式。这恰恰是罗马帝国的教训。当不受限制的皇权日益膨胀，一度辉煌灿烂的罗马私法很快便被吞没了。罗马也不可避免地走向衰落。企图依靠民法的发展，只靠物权法和合同法就可以保障产权和契约自由的法律实证主义立场，是非常幼稚的，对于宪政主义的历史也缺乏起码的了解[①]。契约自由和财产权原则一样，不可能独自存活于私法内部，宪政的历史是以公法手段保卫私法权利的历史，只有当权力被有效制衡，被法律捆绑；只有当财产和契约的概念从私法进入公法，成为凌驾于国家权力之先的初始来源，一个自由的、生生不息的私法空间才可能如鱼入大海、鹰飞戾天。私法与公法，自由与权力犹如一阴一阳，一乾一坤。宪政的思想和道家的太极模型其实是类似的，只有当阴阳呈现出一种混合均衡的秩序，才会有“天行健，君子以自强不息”（《易》）的自发演进。而在老子的政治思想中，阴（私法的自由）的一面也总是被视为阳（公法内的国家权力）的一面的源泉。

> 谷神不死，是谓玄牝。玄牝之门，是谓天地根。绵绵若存，用之不勤。
>
> ——《老子·第六章》

> 知其雄，守其雌，为天下溪。
>
> ——《老子·第二十八章》

英国法律史家梅因，根据对古代社会的研究提出一个著名的论断，“从身份到契约”。在不同文明的早期，都有一个近乎

① 参见王涌：《论宪法与私法的关系》，北大法律思想网“法学文献”。

相同的起点，“人们不是被视为一个个人，而是始终被视为一个特定团体的成员”。换言之在政治逻辑上，集体主义立场早于个人主义立场。一个人的权益和欲望，总和他的血缘、民族、肤色紧密相连，他的权利与责任也主要与这些身份因素有关，不是和他个人的行为和愿望相关。这就是身份的社会。以中国的姓名为例，姓在前、名在后的习惯，表明长期以来一个人在血缘上所属的团体，是比他的个人特征更首要的信息。身份社会不仅代表一个集体主义的原则，身份还意味着差别和等级，这种身份的秩序甚至是先天的，一个人在血缘族群中的等级绝不可能通过自我努力去改变。在人类社会早期，因为物质匮乏和族群之间的暴力竞争带来了群体生活的高风险。推崇氏族、城邦的共同利益，将个人自由的重要性看得较低，呼吁一种追求牺牲、奉献和荣誉的利他主义的道德秩序，在当时具有相当的迫切性。以血缘身份划定的权利分配方案和政治等级，会带来一种最严格的政治秩序，在本质上是一种“军事化”或准军事化的秩序，它能够最大限度的保障群体生活的利益。在某种程度上，我们可以把古代社会对个人权利的高度抑制，想像为现代社会在“紧急状态”下的局面。只要暴力的竞争没有被契约的竞争所替代，族群的某种“军事化”的等级秩序和对个人地位的压抑，就不可能彻底转折。

从这个角度来理解古代希腊世界的共和主义传统，在共和制和君主制的差别之外，古典共和主义对集体的高度推崇和对利他主义美德的依赖，和古代儒家中国也并无多大不同。从身份到契约的转变，基本上是从罗马帝国时期开始的，随着交易的展开、私法逐步成熟，个人就慢慢从家族中脱颖而出，成为法律必须单独对待的主体。个人的财产权也慢慢从家产中分化出来，财产开始属于一个具体的人，而不再属于一个庞大的不

可分割的家族。这意味着罗马的家父权和血缘身份的等级秩序走向了衰微。导致这一变化的主要力量，是私人契约的自发生长。随着从11世纪开始的罗马私法的复兴运动，这种私法秩序在中世纪的地中海沿岸获得进一步的发达，壮大为资本主义的市场经济秩序。

在一切人类追求财富和满足欲望的方式中，契约显然是最公平、最温和的一种。契约是和平的、非暴力的财产转移或义务担当的方式，如同民主是政权的和平轮替一样。无数财产在无数个人手上进行频繁、自愿而和平地交接，从而使财富增值。这些流转仅仅出于他们自己的愿望，而不是出自任何集体的命令和君王的规划。这是最伟大的一种文明秩序。宪法的目标无他，就是一面依靠公共权威执行游戏规则，一面对权力进行制衡，以捍卫这种自由秩序。在这个私人契约的空间内，国家对人们的统治逐渐降到最低。就在梅因写作《古代法》的1861年，“强制性的法律已经放弃了它曾占领过的最大部分的领域，并使人们用直到现在才得到的契约自由，来确立他们自己的行动准则”[1]。这意味着未来的可能性对每一个人最大限度地开放了，一个契约自由的社会是一个开放的社会，它超越那些身份的等级，能够充满信心地宣称，“一切经过努力无法达到的权力，我们一概不承认”（遇罗克《血统论》）。

资本主义诞生以来，在产权和契约之上形成了一个相当程度上独立的市民社会。这正是宪政自由主义运动能够出现的底盘。宪政主义制衡权力的梦想，不可能仅依靠学者们的设想和政治家的制度创新，而要依靠社会力量的多元化。专制的权力

1　A·G·盖斯特：《英国合同法和案例》，张文镇等译，中国大百科全书出版社1999年版，第4页。

只可能在对手势均力敌的情形下，才可能选择妥协和均衡。制衡权力的冲动显然不可能来自政府内部，只可能来自政府之外，来自惧怕权力被滥用的贵族、商人、小业主、市民和资本家们。以契约为法律形式的市场体制，酝酿了这种源源不断的力量。

更重要的一点，是契约的概念预设了交易双方的平等，自由的契约不可能不发生在两个平等的主体之间。对血统论者而言这是一个代价，即便一个贵族内心认为他的地位是更加尊贵的，但在私法领域这种尊贵却无法得到国家权力的公开支持只要你希望通过交易来达成某个私人目标，你就非得纡尊降贵，在契约中承认一个平民是与你平等的。只有这样才可能在妥协和公平的对价中获得对方一个自愿的允诺 商业契约的发展，是人类社会推动平等和维护自由最有力的器皿。使市场化和民主化成为一对双胞胎。在商业社会发达之前，人格平等需要超验价值观念的支撑。商业社会发达之后，平等甚至可以仅仅是欲望的产物。因为谁不承认平等性，谁就无法不使用暴力而能满足欲望。契约自由让人类发现一个秘密，任何不平等都需要暴力来维持。就算人的灵魂有三六九等，如果不动用强制力，你就无法在一份契约中说服对方相信你属于那个较高的等级。一旦暴力原则被彻底摒弃，人人平等就是一种必然。

一个社会如果不运用法律的强制力保障承诺兑现，就无法消除私人契约活动中的暴力（包括拒不履行承诺的消极暴力）。也就无法实现人的平等，无力发展出市场体制和宪政民主。承诺不兑现其实是一种来自私人暴力的特权，自由主义经济学的鼻祖亚当·斯密，曾经解释了这种特权是如何妨碍中国发展出资本主义的。在私人契约不能被等同于法律的情形下，承诺不能兑现的风险就带来一个直接的经济后果，即“利息率会增加

到大大超过它的贫富状况所需要的程度"。在这样的社会中，把钱借给一个普通人，相当于在一个法治国家中把钱借给一个濒临破产的人。这种风险当然只能通过较高的利息来抵消。斯密认为，正是这种被抬高的资本成本导致了中国无法发展出资本主义的市场体制[1]。

除了高利息外，大概还有一种能够抵御承诺不兑现风险的办法，就是舆论压力甚至只是一句诅咒。在儒家中国，公开对他人进行恶毒诅咒是很少见的。有一本搜集民谣的图书列出了为数极少的几条诅咒性民谣，其中流传最广、最为人知的是下面这一段[2]：

有借有还，再借不难。

有借不还，全家死完。

在一个缺乏法治技术的社会，说这种狠话是没有法子的事。此外对中国清代习惯法的研究，发现中国农村因为国家缺乏契约法来保障契约被强制履行，产生出很多民间的习惯法来维系契约的可信度。如"亲邻先买权"和"上手业主"的参与就是两种非常有意思的做法[3]。前者是指不动产买卖中，亲属和邻居按习惯有在先的购买权；卖地必须先遍问亲邻，如果径直卖与他人，亲邻可以通过宗族力量否定交易，甚至去官府告状。这种做法通过把交易限定在熟悉的狭窄人群中，来确保交易的安全性。从中可以看出中国经过两千年的商业发展，交易半径仍然难以突破"五服"的普遍状况。后者的做法则指不动

---

① 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，郭大力、王亚南译，商务印书馆1972年版，第87页。

② 季风：《民俗漫画之百谣图》，成都时代出版社2003年版。

③ 赵晓力：《中国近代农村土地交易中的契约、习惯和国家法》，载《北大法律评论》第1卷第2辑，1999年。

产交易必须请上手业主到场做见证，上手业主因此得到一笔"出场费"。在有些地方，也用转让上手老契的办法来代替老业主出场，当然也要多付一笔钱。上手业主或老契的作用是通过证明交易的连贯性来抵御风险。这也使不动产交易在中国成为一门交易费用昂贵的生意。

这些例子说明，传统中国显然无法通过这样的交易来创造一个自由的私法秩序。在强大的国家权力与零散化的个人之间，也无法由此形成一个多元化的市民社会。所谓权力制衡，除了泛化的天道和梦想包公的尚方宝剑上斩昏君、下斩贪官外，制度上有心无力。

2.2 契约和结社

私人契约的概念并不限于单个公民之间的产权安排。私人通过契约的扩张，仿佛蜘蛛结网，最终将国家权力深陷在网中央。这就是以契约制衡国家的思路。严格说这不像三权分立学说那样出于思想家的设计，契约对权力的制衡是人类自生秩序一种天然的演进方向。这也是理解宪政起源的一个进路，在宪政主义看来，国家的合法性来自无数私人契约中最大最普遍的那一个（社会契约），但对国家权力构成了日常束缚的，却是剩下的无数私人契约。

面对国家，自由通过契约得以扩张。这体现为人们各种自愿结社的行为。一种是营利性的结社，即各类企业。另一种是各类非营利性的结社，也就是通常所谓的结社。在公法或宪法的意义上，一般仅把后一种结社归纳在以契约制衡国家的视野下，而将前一种结社（企业）放在财产权的概念下去理解。但在宪政主义的观念下，我首先把它们看作一个整体，因为它们在本质上都属于私法性质的结社。我们甚至可以把国家也理解

为第三种结社，一种最大化的结社。如此可以看到国家在起源上就是私法性质的。它不应也不能具有反过来吞噬契约自由和私法空间的权力。国家对于个人，只能反哺，不能反噬。

美国宪法中没有单独提及结社，因为结社本质上只是私人契约的自然延伸。但后来多数国家的宪法，都单独将结社作为政治自由列举，如日本宪法第 21 条，魏玛宪法第 124 条，德国基本法第 9 条，意大利宪法第 18 条等。德国等还颁布有专门的《结社法》。此外在宪法上，最重要的一种政治性结社——政党，往往也被看作一种特殊的社团，与普通的结社自由有所区分。

契约是市场体制的灵魂，自由企业制度的基石。最初的营利性结社是合伙企业，企业的存在以每个合伙人签字同意的一份合伙契约为根据，这种非法人企业的灵魂就是契约自由，它是私人契约的一个简单结果。后来发展出公司法人制度，法人化的结社在精神和基础上仍然是私人契约的扩展，但已有所不同。创立公司的行为在民法上不再被等同于合同行为，合同要求每个当事人的自愿承诺（合意），但公司的创立并不需要出资人的一致同意，只需要一个少数服从多数的“章程行为”。公司法上的“章程行为”和宪法上的“立宪”是类似的，在理论上公司和国家这两种结社的基础都是契约论。公司一般另有一份关于同意出资的合同先于公司章程而存在，但在社团的成立过程中，它们都以某种少数服从多数的民主投票制度替代了契约的“合意”原则。

这种替代正象征着公司资本或国家权力的人格化。公司在法律上被假想为一个私法上的人，就像国家被假想为一个公法上的人一样，具有假想中的法人（国家）意志。如前述我们承认权力的“人格化”是宪政国家的一个特征，即国家权力通过

宪政制度，最大化地脱离执掌它的人或集团的身份因素，而具备一种可传承的、永续性的品质。卢梭的“公意”说如果除去将公意绝对化的极权主义色彩，一个抽象化的公司或国家意志的存在，正是公司“法人化”或国家“宪政化”的前提。但这个意志是单独的，不是每个人意志的简单集合。因此它不再需要每个人的一致同意，它只需要通过少数服从多数的民主原则，来表决对这个意志的认证和屈服。可见，公司法人理论的实质，也是一种唯理主义的虚构。否则，就没理由认为一个社团构成了在其每个成员之外的一个单独人格。同样，如果不认为国家构成了一个在其每个公民之外的单独人格，国家权力也不可能实现“从身份到契约”的转换，国家也不能具有一种公法上的永续性。而构建一个具有长期稳定性和说服力的现代国家，正是宪政主义的目标之一。

和坚信权力必须受到制衡一样，自由必须通过国家的权力和秩序才能得到保障，同样是自美国联邦党人始的现代宪政主义者的基本信条。这也是宪政主义区别于激进自由主义的地方。自由主义思想家诺齐克提出的“最弱意义上的国家”，是指政府的权力范围最小，不是国家的能力和秩序最弱。恰恰相反，一个权力范围漫无边际的国家，它的国家能力和秩序因为力量的分散和行为的不可测，反而可能是最弱的。如古代中国拥有集权程度颇高的专制主义传统，但国家的力量却始终无法到达县以下的乡土社会。人们生活中的经验也是这样，把河流引入最狭窄的河道，水流才最有力。将拳头死死地攥住，血液才会快速的集中至最末端的指尖。

> 有限政府也许会比无限政府更强有力，因为制约可能是力量的渊源。这并非自相矛盾，而是充满洞见的悖论。这一见解正是自由主义宪政的核心。

——霍尔姆斯《激情与制约：论自由主义民族理论》

最需要国家权力加以保障的一种秩序，在诺齐克看来，就是契约必须被强制履行。除了惩诫针对身体的暴力侵犯外，惩诫不履行承诺的人，是政府最重要的职能之一。这样才能如孟德斯鸠所设想的，通过创建一个政府"从而使一个公民不必惧怕另一个公民"。

非营利性结社对宪政具有更直接的意义。结社可以将人们分散的观点、利益和行动通过契约联合起来，成为向政府或相关利益群体施加政治压力的多元力量。尤其对于某些社会弱势群体如普通劳工，没有结社自由，就几乎没有雇佣合同中的契约自由。法学家佩奇在1905年的《契约法》中这样写道：

> 对那些为了换取不足以维持生计的报酬而出卖血汗的人谈契约自由，完全是一种尖刻的讽刺。

改变这种局面有两种方向，一是依靠私人契约的进一步发展，即自由结社。在美国历史上，最早的工会组织诞生于宪法制定之前的邦联时期，整个19世纪，工人们忙于组建政党和地方工会，20世纪后，工会通过签订集体合同等方式来维护单个劳工在雇佣关系中的契约自由，极大地改进了职工的福利。尽管企业的力量远比劳工雄厚，但企业之间存在市场竞争关系，它们的联合不如劳工的联合那么容易。在罗斯福和杜鲁门的时代，工会甚至已经被舆论不太公允的视为"一个贪得无厌和追求权力的组织"[②]。这说明契约本身的扩展，具有一种自生的矫正功能。

---

① 李强：《宪政自由主义与国家建构》，载《宪政主义与现代国家》，三联书店2003年版

② 詹姆斯·M·伯恩斯：《民治政府》，陆震纶等译，中国社会科学出版社1996年版，第295页。

二是依靠政府力量来施行“矫正的正义”，在法律上识别和主动偏袒合同中的弱势一方，直接限定各类私人契约的内容。显然这是一种“以毒攻毒”的手法，它可能带来政府力量的膨胀，尤其是在压抑私法自由生长的地方，可能越发产生出权力膨胀的需求。使好不容易被驯服的、权力“最弱”但能力最强的的国家有新的突破口，从此由行政权的泛滥开始转向立法权的泛滥。议会中的党争和议会外多元利益集团的结社和游说，会在很大程度上抑制政府的立法饥渴症。但在缺乏这两项本事的社会，立法万能主义的膨胀趋势就会难以克服。

如前述，“以社会制约权力”的思路是一种私法性质的制衡，“以权力制约权力”的分权理论是公法上的制衡。后者是技术性的制衡手段，前者才是本体性的。私人契约的社团化能起到制衡权力的作用，但结社并不是为了制衡才产生的，结社是个人价值和生活方式的拓展。即使在一个如麦迪逊所说的天使组成的国家，也许不再需要分权甚至也不需要政府了，但天使们仍然会热衷于结社，有桥牌协会，也有希腊同乡会。美国历史上最深远的自由结社，莫过于那些自耕农们组成的农场主组织，如南卡罗来纳农业协会，甚至远在北美任何一部宪法被制定之前就已存在。1830年法国七月革命之后，托克维尔来到美国考察，他惊讶的发现，“美国人可以为了每一种可以想像出来的目的和职能，而组成各种社团”[①]。

在当代的宪政国家，“这些团体在数量、规模、复杂性和实力上，都可与联邦官僚机构相提并论”。因此有人认为，“现代政治的真正冲突并不如人们所常说的存在于个人与国家之

---

① 詹姆斯·M·伯恩斯：《民治政府》，陆震纶等译，中国社会科学出版社1996年版，第292页。

间，而是存在与国家与社会组织集团之间"[1]。在人民大量结社作为个人与国家之中介的情形下，人们以各种小契约去补充大契约，在宪法的羽翼下，以社团力量构成个人与国家之间的屏风。它们以各种手段在代议制民主之外去影响民意，促成一个政治上多元博弈的的格局。

游说　（见第3章第7节）。

诉讼　法庭是民间社团意图影响公共政策的另一个中心。在美国20世纪60年代的民权运动中，"全国有色人种协进会"扮演了举足轻重的角色，它支持黑人提出并最终赢得许多宪法性诉讼，如废除公共汽车、学校和餐馆的种族隔离制度。违宪审查是现代宪政主义在分权制衡之后的第二个核心技术，但通过宪法性诉讼改变公共政策和立法，是一个过于漫长和艰难的诉讼长跑，也是一项收益外部性很高的公益诉讼，往往是个人无力担负的。在几乎每一起宪法性诉讼的背后，不是单枪匹马的英雄，而是致力于民权、环保、反对或者支持堕胎、言论自由、支持或反对持枪自由的某个民间社团。可以说没有公民的自由结社，就没有现代违宪审查制度的拓展。围绕私人契约的发展，法治环境下的自生秩序，就体现为自由在一笔笔交易和一场场官司之中的扩展。

强调自发不意味着对制度的排斥，而是对私法空间自治性的尊重。这种尊重恰恰依赖于宪政制度的确立。庄子在《大宗师》里讲了一个故事，当河水干涸，鱼在岸上，只能互相用唾沫来维持生命。庄子说，相濡以沫，不如相忘于江湖。在一种国家权力垄断了市民社会的财产和交易秩序的地方，人们就仿

---

[1] 赦思：《非营利组织与民主》，载《市场社会与公共秩序》，三联书店1996年版，第362页

佛在河水干涸的岸上相互以唾沫求生。而一个以产权神圣和契约自由为内容的私法空间，则是一个流动不居的江湖。相忘于江湖，使国家权力"辅万物之自然而不敢为"（《老子·七十五章》），这是道家对于某种自生秩序的古老理想。但如何让权力清净无为，又如何让鱼从岸边回到江海之上？古典的道家并不能够开出药方，无法像麦迪逊等宪政主义者以积极的手段构建消极的国家。传统的中国人或许可以想像一笔笔交易作为自生秩序的形式，却很难想像在宪政制度下，一场场诉讼也可以作为延伸私法空间的自生方式。

诉讼受到司法独立原则的保护。"诉讼游说"和立法游说不同，可能对司法审判的独立构成干扰，因此受到相当的限制。但将某种民间舆论对司法的干扰过于夸大也是不恰当的[①]。在诉讼中，社团力量企图以舆论影响诉讼结果的游说活动，在一定限度和方式内是应被允许的。从实施违宪审查的一

① 在2003年关于刘涌案改判的讨论中，包括法学界人士在内的很多舆论，对部分法学家向法庭提交专家意见书的做法提出严厉的批评，认为是舆论（即使是专家的舆论）企图不正当地干扰司法。笔者认为，近年来国内关于防止舆论干扰司法的观点有绝对化的倾向，似乎断绝了在诉讼中的舆论表达的权力，对法官的判断力像对待"幼稚工业"一样的圈养起来。事实上，法庭本身在程序公正上的保守性，如不让陪审团接触有关报道，甚至不允许拍照，这和容忍舆论在正当渠道下的表达企图应该分开。刘涌案中法学家向法院递交意见书，其实是一种类似美国司法中"法庭之友"的做法。但法庭之友是以允许非当事人站在被告或原告一方提出一种友情的"辩护状"或起诉状的方式，来接纳舆论。而刘案中的法学家明明是接受被告方的邀请，却以貌似中立的学术身份提交类似文件，这就有凌驾于司法程序之上之嫌，这种虚假的中立性，就像立法过程中虚假的整体"民意"一样，悖离了司法和宪政在对抗中寻求均衡的精神，的确可以说构成了对审判的干扰。笔者的看法，这些法学家和其他人一样，当他们在媒体上发表对此案的意见时，可以以一种（自谢为）中立的姿态发言，但当这种意见要进入司法程序时，假如我们允许人们以某种方式把意见提交给法庭，那么每一种意见都并不

些国家的经验看，尽管法院的判决可能与舆论的方向相反，但民间舆论和社会思潮仍然是影响一个宪法判例的重要因素。在美国有一种被称为“法庭之友”的诉讼游说形式。社团作为案件的非当事人，以法庭之友的身份向法庭提交“辩护状”，来表达他们的观点和舆论的支持。这种辩护状的提交是在正式庭审程序之外的。如著名的“美国公民自由联合会”就在很多它们支持的宪法性诉讼案中，向最高法院提交过此类文件。公民社团和公民个人也可以通过其它方式表达意见，意图影响诉讼结果。在美国史上著名的冤假错案——罗森堡夫妇叛国罪一案的审判中，法庭甚至收到了来自全美公民和社团的一百多万封电报和信件，要求释放罗森堡夫妇。公民们没有相忘于江湖，而是借助司法发出它力量雄厚的声音，并没有学者认为这是在干扰司法独立。

(接上页注释) 是不偏不倚的，每一种意见都必须表明自己的立场，要么站在被告一方，要末站在原告一方，否则就只能离开法庭远远的发言。就像一个议员如果在竞选中声称要维护全国人民的利益，任何一个选区的选民们，就应毫不犹豫地把他划掉。

第五章

宪政的超验基础

1. 自然法传统

王法地，地法天，天法道，道法自然。

——《老子》二十五章

1.1 自然法

1783年，参加过美国独立战争的法国将军拉法耶特，把一份《独立宣言》张贴在自己的住处，并在旁边留出空白，希望有一天能够再补上一份法国的权利宣言。很多人谈及宪政的时候，也会反复提及《独立宣言》中“我们认为以下权利是不言而喻的”这一句话。当代政治哲学家施特劳斯的《自然权利与历史》一书，也从引述这句话开始。没有“不言而喻”这四个字所代表的自然法传统和天赋人权（natural rights）的信念，就几乎没有宪政可言。

后来担任第二任美国总统的亚当斯，在独立战争之前的一篇论文中指出了一种从古希腊斯多噶学派以来源远流长的自然法观念，正是这样的观念构成了宪政主义的超验之维。

权利先于任何世俗政府——这就是人法或不能废止或不能限制的权利，这就是源自宇宙最伟大的立法者上帝的权利。英国人的自由权不是君主或议会特许的权利，而是原初的权利，是原初契约的条件。我们的许多权利是固有的、根本性的，是大家作为准则一致同意的，并且是作为政府的开端确立的，这些权利甚至在议会出现之前就已有了[1]。

这种先于和高于政府而存在的权利观念，后来鲜明地体现在美国宪法第九修正案中，“本法对一些权利的列举，不得被解释为否定或轻视人民保有的其它权利”。认为有一种高于制定法、高于统治者意志之上的法存在，这种观念可以一直上溯到古希腊的一些戏剧，如索福克里斯的著名悲剧《安提戈涅》。

安提戈涅是俄狄浦斯王的女儿，她的一位兄长背叛了自己的城邦，勾结外敌进攻底比斯。底比斯的国王克瑞翁将这位叛国者暴尸田野，下令谁埋葬他就将被处以死刑。在古希腊，人们普遍信仰死后灵魂不灭，死者若不入土，他的阴魂无法渡过冥河前往冥土。无辜的灵魂必然游荡无住。于是安提戈涅选择违背城邦的法律，公然埋葬了她哥哥，以希腊人的方式举行了奠以酒水的仪式。尽管她是克瑞翁的外甥女并已和克瑞翁的儿子订了婚，她仍然被国王囚于墓室，最后被迫自缢身亡。

在剧中，安提戈涅面对克瑞翁，有一段常常被后世法学家引用的台词：

---

[1] 爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店1997年版，第82页。

我并不认为你的命令是如此强大有力，以至于你，一个凡人，竟敢僭越诸神不成文的，且永恒不衰的法。天神制定的不成文的律条，不是今天，也非昨天，它们永远存在，没有人知道它们在时间上的起源。

安提戈涅将“天条”置于人间的法条之上，这种做法得到了亚里士多德的支持。他引述这个故事，主张人们在通过人间法律无法实现正义时，就直接诉诸自然法。亚里士多德进而认为“不正义的法律就不是法”。既然“恶法非法”，对制定法进行批判性审视的更高级的法又是什么呢？在希腊人眼里，则是自然法（jus naturale，natural law）的观念。

斯多噶学派认为，在人与自然界之间存在着一种基本的和谐关系，这种和谐的力量是理性。理性是统治整个人类和世界的自然法则。这和老子“道法自然”的思想是相似的。一切制定法都必须顺其自然，符合理性法则。立法在本质上不是一种随心所欲的意志，而是对正当理性的发现。用老子的话说，是“辅万物之自然而不为”（《老子》七十五章）。这种谦逊的“无为”，避免了立法者理性的僭忘。这与哈耶克的自由宪政主义思想是一致的，是一种以法治维护自由和自生秩序的消极的国家观。自然法传统对以后唯意志论的民主观、契约论和法律的实证主义立场，意味着一种严正的拒绝。在某种自然法的观念下，一种反意志论的在先的价值约束，以及这种在先约束的“不言而喻”才成为可能。

自然法思想在西塞罗那里获得完整的表达。他的思想以后一方面被罗马法继承，一方面通过中世纪的神学家阿奎那，在13世纪后也构成了基督教教会法思想的重要支柱。在《共和

国》中，西塞罗这样写道[①]：

真正的法律乃是正确的理性。它与自然和谐一致，它散播至所有的人，且亘古不变，万世长存。它以其命令召唤人们履行义务，以其禁令约束人们不得为非作歹。人类的立法不得企图背离该法，这是一项神圣的义务，而且不得毁损该法，更不得废弃该法。事实上，无论元老院还是人民，都无法使我们不受该法的约束。不可能在罗马有一种法，在雅典有另一种法。或者现在有一种法，将来有另一种法。有的只是一种永恒不变的法，无论何时何地，它都是有效的。

1.2　自然权利

自从亚里士多德提出"自然正义（自然正确）"的观点，在欧洲，自然法一直被人们看作政治权力和成文法的来源，是政治正义的保障。梅因这样评价自然法传统的历史价值：

这个理论在哲学上虽然有其缺陷，但我们却不能因此而忽视其对于人类的重要性。真的，如果自然法没有成为古代世界中一种普遍的信念，那就很难说思想的历史、因此也就是人类的历史，究竟会朝哪一个方向发展了[②]。

基督教传入罗马之后，通过基督教所提供的信仰体系，自然法获得了最坚实的基础。高于一切制定法的法的观念有了一个最坚实的源头——上帝。但随着近代无神论的人文主义的兴

① 爱德华·S·考文：《美国宪法的"高级法"背景》，强世功译，三联书店1997年版，第5页。

② 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1988年版，第43页。

起[①] 和宗教的衰微趋势，从格劳修斯、霍布斯开始，近代自然法在某种意义上又开始回归古希腊时代，即部分地离开基督教，在一种更加宽泛的超验背景下借助于人性和理性的概念去重新论证自然法。

霍布斯带来了近代自然法的第一个转捩，他开始从欲望、财产这样的个人主义立场自下而上的去推导自然法则的正当性，不再借助"上帝"在信仰中的至高无上。在他关于自然法则的构想中，最关键的有两条：

一、怕死的本能，以及因此本能而生出的自我保存的欲望；

二、信守约定

以后，洛克又带来了自然法思想的第二个转捩，直接催生出现代宪政主义和自由主义的一个核心概念——自然权利。他将在亚里士多德那里飘浮不定的"正确"（right）具体化为"权利"（right），把单数形式的"自然正义"（natural right）变成了复数形式的"自然权利（或天赋人权）"（natural rights），以此作为契约论和国家权力的起点。在传统自然法的"正义即善"的命题下，正义的内容可能是仁者见仁，纠缠不清的。但洛克的自然权利论避免了这种纠缠，也避免了从霍布斯到卢梭的那种滑向极权主义国家观的危险。

什么是自然的正义？法理学家博登海默在回顾了各种学说的答案后，只能无奈地承认："正义具有着一张普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状，并具有极不相同的面貌"。

① 人文主义最初是在有神论的背景下兴起的，如16世纪最著名的人文主义者伊拉斯谟，是一位激烈批评罗马教会、但立志复兴基督教信仰的虔诚的信徒，对马丁路德的宗教改革思想也有重要的影响。

哈耶克更认为“社会正义根本就是一个空洞无物、毫无意义的术语”[1]。而在洛克的天赋人权思想中，第一次将抽象的正义观与私有财产等世俗的个人权利等同起来，并将哲学意义上的自由（freedom）变成了法律意义上的自由（Liberty）和权利（right）。什么是Liberty？用休谟的术语来解释，就是“法律下的自由”（freedom under the law）。洛克带来自然法的权利化，为自由主义的宪政化创造了可能。如同卢梭的社会契约论如此深切地影响着法国大革命的走向，洛克关于天赋人权的自然法思想也在根本上塑造着美国宪法的精神。

宪政的超验价值，是洛克式的“自然权利”，即“生命、自由和财产”（life、liberty、possession），而不是亚里士多德式的“自然正义”。1954年，张佛泉在台湾出版了《自由与人权》一书。他认为liberty多指政治方面的保障，可以开列出一张明晰的权利清单。而freedom的含义就比较模糊，带有浓厚的意志论色彩，不可能具有一个公认的标准。因此他提出“诸自由即诸权利”的观点[2]。认为自由在政治上亟需一个定义，但任何本质主义的定义都是危险的，我们最好不要问“自由的本质是什么”？而要问“自由都包括了些什么”[3]。

张佛泉的观点正是洛克式的，并对台湾自由宪政主义的发展产生了巨大影响。在基督教信仰衰微之后，追求一种摒弃了唯理主义倾向的超验价值，正是洛克和休谟等人的英国宪政思想的精髓。尽管休谟的经验主义立场更加彻底，他反对洛克的

---

[1] 哈耶克：《法律、立法与自由》第二卷，《社会正义的幻象》，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版。

[2] 张佛泉：《自由与人权》。

[3] 钱永祥：《自由主义与政治秩序——对〈自由中国〉经验的反省》，载《纵欲与虚无之上》，三联书店2003年版，第183页。

契约论，认为社会契约这个概念仍然出自一种唯理主义的虚构[1]。但在经验主义的“自然权利”论和财产权与正义原则的紧密相关上，他们的思想是基本一致的。

这里我们举“柠檬市场”的例子予以说明[2]。

“柠檬”，在美国俚语中指次品。1970年，一位经济学家阿克尔洛夫发表了讨论旧车市场的论文《柠檬市场》。旧车市场是一个典型的柠檬市场，因为旧车的品质不像新车那么均质化，两辆外表相似的旧车，可能一个价值与新车相差无几，一个却分文不值。尤其重要的是对品质的评估不可能发生在购买之前，与品质评估相关的信息都掌握在旧车主人和旧车行老板手中，而且这种信息不大可能得到低成本的技术验证。由于这种信息的严重不对称，阿克尔洛夫发现旧车市场的一个价格规律，假如一批旧车好品质的可以值到500美元，差的只有100美元，那么老板的统一要价只好定在两者之间比如250美元。而消费者花250美元买车，运气好可以物超所值，买到价值500元的商品，运气不好则赔本了。在这样一个市场中，将会发生一个与通常的优胜劣汰相反的“逆向选择”过程。不是低于250美元价值的旧车退出市场，而是高于250美元价值的旧车开始退出市场。

最后价格越来越便宜，买到的旧车也越来越差。阿克尔洛夫指出这是二手货市场为什么难以得到延伸的根本原因。

导致这个结果的关键，在于旧车品质的不可捉摸，和正义的概念一样，有着“一张普洛透斯似的脸”。如果我们将“自

---

① 参见本书第7章《宪政与分权》之“洛克”一节，关于洛克理论的唯理主义性质及其与孟德斯鸠的对比，在那里进行了分析。

② 参见笔者：《绕开正义的柠檬》，载《读书》2002年第6期。

然正义”作为自由或制定法当中蕴含的一种内在品质，如同法学家庞德所说，“自然法的任务是给我们一种对实在法中含有的理想成分的鉴定”①。那么这个鉴定注定是高难度的，“正义”在不同的场合与个案中，或许是一件貂皮大衣，或许就如哈耶克所言，我“什么也没看见，因为那里什么也没有”。如果源自上帝的公义不能为世俗的政治提供超验的评判，或者说在一个异教徒的世界和上帝的公义之间是一种严重的信息不对称状态。在一个将“自然正义”作为内在品质来追求的市场上，人们就将无法评估正义在每一项法案当中的含量，于是第一种做法是将每一辆车都假定为价值500美元，结果是滥竽充数，追求自然正义往往成为压制和取消个体权利的借口。如哈耶克所说，当代那些“形形色色的威权政府（authoritarian government）或专制政府，无不是把‘社会正义’宣称为它们的首要目标”。

另一种做法就和旧车行老板一样，只好将正义的价格一律定在250美元。但阿克尔洛夫的分析表明，结果也只能使正义含量高于250美元的“商品”慢慢被驱逐出市场。在一个“逆向选择”的过程中，直接追求“自然正义”的效果不是正义的产出越来越多，而是越来越少。

再举一个例子。刑法是关于界定犯罪和适用刑罚的法律，被认为属于典型的公法。但什么样的行为才应被一个社会界定为犯罪行为呢？也就是什么样的行为足以使社会有权运用暴力，去剥夺行为人的人身自由直至生命？这显然需要一个关乎“自然正义”的实质性判断。传统刑法理论认为这取决于对一

① 庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆1984年版，第5页。

个行为的“社会危害性”的评价。“社会危害性”是大陆刑法学最核心的概念之一，但这个概念其实与刑法并无关系。换言之，在刑法的内部，将无法找到可以衡量“社会危害性”大小的标准。没有一个对“自然正义”的价值评估，一项私人行为的“社会危害性”问题，就成为一个无法估价的柠檬。如在各国关于邪教组织犯罪的立法中，在不同国家关于危害国家安全犯罪的立法及司法实践中，怎样才能绕开那个无法估价的正义的柠檬，对法律中“理想成分的含量”做出独立的判断？刑法中的“社会危害性”是一个见仁见智而无法评估的柠檬，而宪法所确立的在先的个人财产、人身自由、言论及结社自由等权利，却是一系列看得见的自然正义（natural rights）的清单。讨论某种行为的“社会危害性”，必须离开刑法，到权利法案中去寻找可以参照的标尺。

因此从洛克开始，“权利优先于善”就成为宪政自由主义所能接受的最小化的一种超验之维。权利是一个唯理主义色彩最小化的超验性概念，它所需要的“不言而喻”的价值支持，在人类的经验史上拥有最宽泛的背景。一旦离开自然权利的清单，一个无神论者想要确保自己能够直接把握宇宙间的自然正义，就必须努力搭建一个形而上的神学或伪神学的基础。罗尔斯和施特劳斯，就是政治哲学史上从事这种大而无当的努力的晚近的两位思想家。这种努力的结果最终只能是反宪政的。

1.3 在先约束

笔者将在先约束视为立宪主义的灵魂。它指对多数人意志所施加的一种预先的价值与条文的束缚。不承认先于国家和立法者的在先约束，就只能屈服于“意志论”接受宪法和法律是“统治者意志体现”的实证主义立场。在此立场下，国家权力

在本质上是不可约束的，不应受到任何超出主权者意志之外的约束。如前述“约”是宪政主义的核心概念，能对权力构成约束之本意的，一定先于主权者的意志而存在，而不能寄望于主权者自我意志的约束。因此任何一种主权者至上的国家理论，都与宪政主义相悖，也与宪法的概念相悖。历史上，这种对政治的超验约束首先来自古希腊自然法传统，后来又在基督教传统中得以坚实。当人们说“总统是靠不住的”，因此必须依靠制度时，就会面临一个刁难的设问——“那制度不也是人定的吗”？

制度如果是由无所不能的人类定下，由无边无际的意志力决定，制度在本质上的确也靠不住。一个由多数人制定的制度，是否比一个由少数人制定的制度更符合“自然正义”？离开自然法的超验观，即便从概率上人们也不敢做出稳当的估量。人定的制度和人立的法，必须受到先于立法者意志的某种规则的约束。不但总统靠不住，“人民”同样靠不住。这就是洛克的契约论所坚持的那个前提，即个人的生命和财产是不能通过社会契约让渡出去的，它们必须保留在公民手中，保留在立法权之外。

> 立法机关，尽管是最高的权力——不是，也不可能是人民的生命和财产的绝对主宰。因为没有人可以向其他人让渡超过其所有的权力。一个人不能将他自己置于他人的专断权力之下。
>
> ——洛克《政府论》

从休谟开始，对政治德性的理性主义的思考，转向了讨论正义规则的法治主义思路。当洛克的财产权理论将财产权从“善”的理性主义背景下剥离出来，开启了一种自由主义的进路之后，休谟又将苏格兰道德哲学的传统带入财产权理论，以

经验主义的方式，将自然法的财产权原则与追求政治德性的正义规则重新勾连起来。休谟将自己的苏格兰名“Home”改为便于英格兰人发音的“Hume”。饶有意味的象征了苏格兰传统与英格兰传统的媾和。最终将一种完整的自由主义和法治主义的财产权观念，确立为英国立宪政体的在先约束。

从在先约束的概念看，宪政和法治在本质上具有反民主的倾向。民主意味着多数人的统治，它预设了多数人意志的正当性。而宪政意味着对这种统治的钳制，和对这种意志的怀疑与削弱。从政治共同体的角度看，接受在先约束体现了人类对自我意志和公共权力的一种克制和自省。如果用一出古希腊戏剧比喻宪政的本质，莫过于尤利西斯在大海的航行中，主动将自己绑在桅杆上那一幕[①]。宪政对民主的约束，一面是在先的超验价值，一面是具体的法治与分权制度。宪政主义所认同的民主，是顺服在这两方面约束之下的民主。

宪政之道，如老子说“知其雄，守其雌，为天下溪”。又曰“不敢为天下先”。所谓不敢为天下先，和“天下神器，不可执之”的意义是一样的。在宪政主义者眼里，“最高权力”不是任何一种世俗的权力，人民可以是一切世俗权力的渊源，但人民和君王的意志一样不可能构成权利的来源，也不能在政治哲学上被摆上最高的位置。在政治上，最高和最先的那个位置必须被虚置起来，留给一个“不言而喻”的背景。立宪的本质是以宪法所确认的在先约束去置换绝对的主权者，一开始是虚君，然后是虚民。“不敢为天下先”既针对主权者的意志，同样也针对宪法而言。立宪主义没有狂妄到以为宪法本身是至

① 笔者在冯克利《尤利西斯的自缚》一书中，看到了对这个譬喻的更精彩的诠释，江苏人民出版社2004年5月版。

高无上的。在政治哲学的意义上，不是宪法的内容本身，而是得到宪法确认的一个政治共同体所接受的在先约束，才是至高无上的。来自“不言而喻”背景下的自然权利，是一种具有超验性的纽带，一种在超验背景和世俗政权之间建立起联系的纽带。这个纽带的实质是人对无限的敬畏，权力对价值的顺服。

尽管在政体上确认任何一种在先的价值，都可能引发争议和对妨害思想多元的担忧。但绝对的价值多元在人类政治秩序中从不曾有过。从制衡的角度看，绝对多元和绝对民主一样会毁掉最基本的法治秩序。宪政制度下的价值多元性，是尊重某种在先约束的法治秩序下的多元。这是迄今为止一切有效的政法秩序所能提供的最大化的价值多元性。宪政的在先约束则是一种人类历史上有过的最小化的在先约束。包括财产权在内的个人权利是一种确定而又低调的超验价值，将这种在先价值平等地放在每个人最切身的地方，这样的价值约束并不妨害民意继续地向前高歌猛进，它仅仅是阻止了多数人意志向后的侵犯。财产权的在先约束本质上是一种消极的约束，是一种把支点放在退无可退的地方的一种约束。人类史上只有过比承认财产权约束的立宪政体更为高调的政法理想，但没有过比宪政更低调的政法秩序。比宪政更低调的秩序只能是无秩序，比立宪政府更自由的政府只能是无政府。

宪政主义在历史上遇到的观念挑战，基本上来自各种左翼的国家主义理论，即是否可以把个人主义的在先价值约束拿掉，将政治秩序的支点从个人继续往前，推进到群体、社会、国家或人民那里去？这种推进从经验上看一般有两种模式，一种是将支点放在某种“公意”之上的绝对民主观，它的唯意志论色彩使任何针对“多数人”的在先价值约束都不复存在。因为“多数人”就是政治所膜拜的偶像。另一种是历史主义的国

家观，它的支点更高，甚至轻易越过了多数人的头顶和意志，将一个出于人意的历史目的论的整全性价值，树立为政治秩序和公共生活的在先约束。这是一种要把“history”（他的历史）变成“mystory”（我的历史）的人类政治的乌托邦。这种意识形态的在先约束只可能是名义上的，它的内容虚空而抽象，事实上无法发展出在先的、可能对政治秩序构成具体约束的规则。相反，一种超越在全体个人之上的整全性目标，对每个人的意志和权利构成丧失分寸的、不知其所终的持续伤害与不断革命。因此在实践上，无神论下的历史目的论的国家观和绝对民主的国家观具有相似的后果：没有在先的约束，却充满在后的侵犯。

1.4　价值约束和文本约束

宪政的在先约束有两重意义，一种是前述自然权利先于立宪政体的价值约束，这是一种起源上的约束。不妨引用美国最高法院杰克逊法官的一段经典性表达，再次描述这种源自自然法传统的观念：

> 权利法案的真正宗旨，就是要把某些事项从变幻莫测的政治纷争中撤出，将其置于多数派和官员们所能及的范围之外。人的生命权、自由权、财产权、言论自由权、出版自由、信仰和集会自由以及其它基本权利，不可以受制于投票。它们不依赖于任何选举之结果。

另一种是宪政秩序在历史演进中积淀的经验主义的约束。这种约束与宪法概念密不可分，是一种反映在宪法文本之中的在先约束。因为宪法本身是“在先约束”原则下的一个产物，宪法修改的刚性，甚至在某些国家的宪法当中一些“不可修改”条款的存在，都意味着宪法的文本约束着制宪之后“直到

时间尽头”（柏克）的主权者的意志。如果将宪法看为一份契约，同时将立宪视为创立一种长期性政治框架的努力，那么休谟提出的指责就会立刻成为一个契约论者和民主主义者无法回答的问题：

“这（宪法）意味着父辈的同意要约束后代，甚至最遥远的后代们，直至永远”。

1789年，杰斐逊在给麦迪逊的信中讨论了“一代人是否有权约束另一代人”的问题，他的回答是“不”①。这一回答等于宣判了宪法概念的死刑。杰斐逊认为一部宪法的寿命只能维持20到30年，因为“每一代人都有权制定他们自己的宪法”，他们没有义务接受死去的人的统治。“死去的人没有任何权利”。杰斐逊说，人民不应受到一群已死去的、也不可能预料到我们今天处境的绅士们的奴役。这种激进的民主主义立场不但否定了宪政，也从根本上否定了法治。否定宪法的在先约束，就是否定宪法本身。或者从此只能将宪法解释为一种“允许死者拥有权力”的祖先崇拜。按杰斐逊或潘恩的看法，一切法律的有效期也都不应该超过二十年。这种唯理主义的教条论显然和卢梭比较接近。在法国1793年通过的宪法第28条中，雅各宾派曾一度写下了杰斐逊在美国无法实现的主张——

这一代人不得使后一代人服从他们的法律。

杰斐逊是独立宣言的起草人，在宣言中他欣然接受自然权利对立宪政体的在先约束。因为价值的在先是一种先验意义上的在先，它背后有着不言而喻和令人激动的背景。但宪法文本对于后世的在先，却是一种经验主义的、时间上的在先。对这

① 斯蒂芬·霍姆斯：《先定约束和民主的悖论》，载《宪政与民主》，三联书店1997年版，第224页。

种在先约束的认同是英国判例法传统的精髓。但在抽象价值上，这几乎显得庸俗和琐碎。当保守的伯克宣称，1688 年光荣革命所确立的英国议会的主权，“在法律上约束其后世直至时间的尽头”。托玛斯·潘恩和杰斐逊都无法接受这种对未来的人民意志的“奴役”（连洛克也对这种普通法的立场极为疏远）将时间和寿命的因素考虑进来，民主就不仅意味着多数人的统治，而且必须像潘恩一样强调是“由活着的人（the living）中的多数来统治”。如果将美国二百年历史中的人民假设成一个共时性的群体，会发现宪法概念所导致的并非民主政治，而是一种由极少数人统治大多数人的体制。按照杰斐逊的极端逻辑，“一代人之于另一代人，正如一个独立国家之于另一个独立国家”[1]，那么宪政主义在历史上不但不能称之为民主，甚至还成了一种历史的“殖民主义”政体。

不接受历史经验所累积的文本约束，等于否定立宪的意义，将宪法在任何意义上都等同于普通法律，换言之等于没有宪法。在这个问题上，更加倾向于民主主义理想的杰斐逊或潘恩，都是一个犹豫的、不彻底的立宪主义者。这种激进而教条的认识，和休谟所批评的契约论的唯理主义色彩有很大关系。杰斐逊等人深受洛克的影响。洛克的契约论尽管不是唯意志论的，而强调了在先的价值约束。但契约论本身仍然带着唯理主义的虚构。接受经验主义的在先约束，显然会对一种虚构的理论体系的完美性带来冲击，造成漏洞。尽管洛克本人通过“继承遗产意味着对最初契约的默认”这一对财产权概念的利用，论证了立宪对后世的约束力。但持契约论立场的多数人如康

---

① 斯蒂芬·霍姆斯：《先定约束和民主的悖论》，载《宪政与民主》，三联书店 1997 年版，第 231 页。

德、杰斐逊等却不太满意这种看法。

休谟、斯密和当代的哈耶克等人，均否定契约论的立场，显示出一种更彻底的普通法的立宪主义道路。休谟把政治的合法性放在经验主义的演进而不是虚构的社会契约中，这使法治传统对于政治秩序的正当性意义被进一步凸现出来。在休谟那里，自然法的在先价值约束和法治传统紧密地、经验地结合在一起，这使经验主义的在先约束成为理所当然的。休谟嘲笑了那种唯理主义的理论假设，事实上每一代人并非“像蝴蝶和蚕一样，前一代同时出场，后一代同时继位”。代际之间是犬牙交错的，人们永远是和老一代人中的幸存者共同生活，定期宣布过去的义务作废是不可能的，甚至根本就不存在一个完全由同一代人所组成的“我们”，这个“我们”是形而上的，只存在于杰斐逊的唯理主义的臆想中。相反，用柏克的话说，一个真实的社会是必然是“生者、死者和将生者之间的……一种合伙”。麦迪逊进而认为，代际之间存在着一种劳动分工和利益的均占。宪法的继承使每一代人不必经常的去应付反复出现的为政治生活确立基本框架的劳动，因此宪法的难以改变和对后世的在先的约束力，并不是一种压迫性的力量，而是一种对当代人的解放。

这种经验主义的立场使宪法的概念更加自足和丰富，也使宪政对民主制度的依赖性有所降低。民主本来在休谟所提供的框架内，仅具有手段性和程序性的价值。现在宪法的文本约束，使一个政治共同体在合法性起源上也不再过分地依赖于契约论。洛克的自然权利观念是契约论的，尽管在洛克的模式中宪政仍然高于民主，即在先价值约束高于多数人意志。但洛克的宪政思想中有着较浓的民主成分，与其宪政的维度形成张力。休谟的自然法观念则是非契约论的，自然法不是一个形而

上的概念，而和经验中的习惯法在相当程度上具有一致性。因此他的宪政思想是一种普通法的、法治主义的宪政之路[1]，普通法道路天然地意味着法律传统对于后世的在先约束。休谟所代表的宪政思想几乎是一种最彻底的宪政主义，在很大程度上宪政和法治就是一回事。相比之下，洛克的宪政民主思想更符合一种中庸之道，因而更具有普世推移的可能性。事实上，今天绝大多数宪政国家，包括美国，都程度不同地接近于洛克而不是休谟的模式。休谟的模式就是英国的模式，在哈耶克这样的宪政主义者看来几乎是最完美的，但也几乎是不可移植的。

2. 财产权

不可偷盗。

——《旧约·出埃及记》之十诫第八诫

哪里没有财产，哪里就没有自由。

——休谟

取财于地，取法于天。

——《礼记·郊特牲》

2.1 私有财产的神圣性

“私有财产神圣不可侵犯”，是一个根植在人类自然法传统中的著名命题。也曾在法国大革命后被一度写入宪法。现代国家除了君主政体外，大多数都如法国宪法所声称的，是“一个

[1] 秋风、刘海波、范业峰和笔名等人，认同哈耶克所主张的“普通法宪政主义”的进路。其中秋风的《立宪的技艺》一书对此作了较为完整的阐述，法律出版社2005年版。另参见本书第一章“司法宪政主义”一节。

世俗的国家”。那么在一个世俗国家的宪法中写入“神圣”一词，这种表达显然既非宗教性的，也不会是文学性的。“神圣”这个词，只是在偶然的人类日常语言以及宗教的和自然法的文化传统中，能让我们方便借用的一个“不言而喻”的“壳资源”。今天继续借用这一命题，只是为了表达宪政制度必不可少的一个法律的和政治哲学的逻辑：财产权原则是对宪政和宪法的一种在先的价值约束。

“神圣”，在古典自然法的传统下几乎就是“自然”的同义词。如果说人类政治秩序是一种人为建构的非自然的秩序，那么“财产权是神圣的”，这与“财产权是自然的”几乎是一回事。神圣和自然，都意味着权利的自足性，意味着私有财产权具有一种纯天然的“绿色”属性。国家财产乃至国家权力无论如何庞大，都必须依赖国家暴力和得到认同的政体制度才能赢取合法性，甚至才有可能形成。因此一切非个人的产权在逻辑上肯定都晚于私有财产。借用庄子《逍遥游》的比喻，公有财产犹如大鹏展翅，其背几千里也，但它却是“有所待”的——没有大风就没有大鹏展翅。公有财产是不可能自足的，它必然“有所待”，必然要来源于比它更早的、也更自然、更神圣的财产权。

私有财产在起源上并不依附于国家的逻辑，就像人身权利的正当性并不基于国家的暴力才成立。它在一种先于国家的更高的秩序面前是被造的，被给定的，但它在国家面前是自生、自足的。这个更高的秩序在休谟那里是“正义”，在洛克那里是“上帝”，在康德那里是绝对精神，在老子那里，则是——

有物混成，先天地生，寂兮寥兮，独立而不改，周行而不殆，可以为天下母。吾不知其名，字之曰“道”[1]。

---

[1] 《老子》第25章，杨鹏校注。

"神圣"，意味着财产权作为一项自然法则，即使在非法治状态下也具有自我肯定的能力。这种私有财产权的自足性，是洛克着重坚持的观点。承认个人的财产权和人身权都具有先于政治秩序的自足性，是人类宪政制度在政治哲学上的起点，也是法治概念（rule of law）在英国产生的一个前提。

"神圣"，还意味着私有财产的自成目的。马克思在《共产党宣言》中说，"每个人都是他自己的目的"。这包括了每个人的身体和财产都是他自己的目的，不是别人和国家达成其它目的的手段。如果我们认为政治国家的权力必须得到"人民"的同意和授权，这种授权和同意的终极目的就将回到每个人的身体和财产上去。洛克因此认为，通过社会契约建立政府的唯一目的，就是"保护每个人的私有财产"。一切非个人的财产都从个人财产中而来，最终回到个人财产中去。归纳为一句话：私有财产是私有财产的目的，国家财产是国家财产的手段。国家本身没有独立的欲望，立宪主义也不允许它有欲望。那么它为什么和凭什么拥有财产呢？不回到私有财产权去，就无法给国家财产一个正当化的解释。

在宪政的意义上，所谓财产权是且只能是私有财产权，不存在其它任何的财产权概念。因为其它的财产权要么是国家强制力的产物，要么是私有财产权的延伸和集合。私有财产是国家的源头。国家财产权在本质上不是一种财产权，而是对财产权的剥夺。这种剥夺必须经过被剥夺者的同意和正当的程序。剥夺的主要方式则是赋税。公共财产从哪里来？在具有政治合法性的现代国家，国家的每一分钱归根到底都从税收中来，来自对私有财产的索取。如果在税收之外存在国家财产，必然起源于对个人财产的暴力夺取。把国家财产看得比私有财产更神圣（或更自然），显然是一种本末倒置的、荒唐的和唯理主义

的观点，其背后的逻辑出自某种对私有财产和个人自由的否定倾向，和对某种共同体整全目标的伪神圣化。正是这种否定倾向，曾导致一些国家以非税收的暴力方式直接的、全面的剥夺私有财产，以建立中央计划支配的公共财产体系。2004 年 3 月，我国宪法关于“保护私有财产”的修正案，其意义除了对私有财产权的宪法保障功能外，更重要的是表明在国家起源的政治哲学上向着立宪主义的回归。

2.2　基督教的财产观

> 我是耶和华你祖亚伯拉罕的神，也是以撒的神。我要将你现在所躺卧之地赐给你和你的后裔。
>
> ——《旧约》（创 28：13）

自亚里士多德以来，私有财产就被看作一种自然法则。亚里士多德反对柏拉图的共产倾向。他认为只有私有财产制才能定份止争。这和中国传统思想对于名份的强调是一致的。韩非子曾言，当山上发现一只野兔，就算尧舜这样的圣人也会在后面追逐，因为野兔的名份未定。每个人都想得到野兔，这种想法是正当的。但市场上有上百只兔子，路过的凡夫俗子们却连看都懒得多看一眼。不是因为他们比尧舜更高尚，是他们知道那已经是归属别人的财产。只有私有财产制度，才能制约人们相互争夺财产的无限欲望。

亚里士多德进而认为，当人感到一个东西为其所有时，便会获得无限的快乐。人们热爱自己所有的物并从中获得满足，这是自爱的延续，是根植于人本性的、一种自然的情感。休谟后来发挥了这个观点，他把“财产占有的稳定、根据同意的转让、承诺必须兑现”视为人类社会最基本的三项自然法。休谟认为人的幸福有三个来源，一是个人对幸福的感觉，二是个人

品质和气质上的优点，这往往是一个人骄傲的根据，骄傲则是幸福感的源泉之一。第三是"个人占有的财产"[1]，这是个人创造幸福的主要手段。因为财产总是会增加我们选择的自由，包括选择慷慨与奉献。在这三条中，我们会发现前两条是别人用暴力抢不走的，只有财产随时可能被别人夺走。因此休谟认为一种稳定的社会秩序的关键，在于一种稳定的私有财产制度。

关于财产会增加个人的选择自由，亚里士多德对此有更精辟的发挥。他说，人们的快乐也来自于帮助自己的朋友和同伴，这接近于基督教精神中的"施比受更快乐"。但这种快乐同样和私有财产有关。"在一切公有制的城邦中，人们无力做出慷慨之举"，也没有人能表现出善心。因为人不可能拿不属于自己的东西去助人。在公有的产权制度下，慷慨与善心的典范，只会逐步被人遗忘。恰恰只有在私有财产制下，人们才可能发挥乐善与仁心[2]。

对此，孟德斯鸠也有一个提纲挈领的归纳，他说，"财产权是道德之神"。

基督教传统中，耶稣在《福音书》里有一句著名的挖苦话，他说，"骆驼穿过针的眼，比财主进神的国还容易"[3]。有论者认为这代表着基督教对于私有财产的贬抑态度，早期循规蹈矩的教会思想家如奥古斯丁等，也曾顺着这句话把私有财产看作一种非自然的恶。但耶稣在这句话之前先提了一个问，这一设问对理解基督教的财产观是一个关键。基督问来人是否遵

---

① 汪丁丁：《哈耶克"扩展秩序"初论（中篇）》，载《经济自由与经济民主》，三联书店1998年版，第125页。

② 肖厚国：《所有权的兴起与衰落》，山东人民出版社2003年版，第22页。

③ 《新约·马太福音》19：24、及《新约·马可福音》10：25，《新约·路加福音》18：25。

守了"不可凶杀、不可奸淫、不可偷盗"等诫条。"不可偷盗"是十诫中的第八诫，杜兰特在《世界文明史》中写道，摩西的第八诫"认可了私有财产，并与之和宗教及家庭相结合"。偷盗是对私有财产的侵犯，耶稣未说出的一个前提，是"杀人"和"越货"的人将比拥有财富的人更不可能进入神的国。

按奥古斯丁的观点，私有财产被视为恶和世俗生活被视为恶是一致的，它们都是原罪和人类堕落的产物。在基督教信仰中，基督那句话只是一种"效法基督，不效法这世界"的信仰立场的一部分，它强调的是"手扶着犁向后看的，不配进神的国"[1]。它讥讽的是一个人将财产、肉体、知识乃至整个世界当作偶像的态度。但并不表示专门针对财产的一种特别的否定。将财产视为恶并不意味着一种对世俗秩序的反对，恰恰意味着对日常生活的一种认同。所以奥古斯丁一方面劝导基督徒不要执着于在天国并不存在的私有财产，另一方面，他又坚决谴责那种禁止基督徒在有罪的尘世中拥有财产的观点。基督教的财产权观念，是以神的主权为基础的，因而呈现出两重有差异的态度，一重是在神的主权之下对于财产权的藐视态度，这是一种超越性的信仰立场，这种立场仍以在世俗生活中尊重私有财产的秩序为前提。就像亚里士多德所说，慷慨必须以私有财产的归属为前提。另一重，神的主权也恰好是世间财产权的一个神圣性的和整全性的来源。在基督徒眼里，财产权与圣经中上帝创世的目的直接相关，财产是人从神那里领受的一种托管的权利。神学意义上的"信托"概念，是基督教财产权观念的最终来源：

神就赐福给他们，又对他们说，要生养众多，遍满地面，

[1]《新约·路加福音》9：62

治理这地，也要管理海里的鱼，空中的鸟，和地上各样行动的活物[①]。

因此对财产权的侵犯，就是对神所设立的托管权利的侵犯。中世纪神学家托马斯·阿奎那接受了古希腊的自然法传统，他对私有财产的理解显然比奥古斯丁更为乐观。他开始像亚里士多德一样将财产理解为一种出自于神的自然和善。新教改革的领袖马丁·路德也认为"摩西十诫"和自然法是高度一致的，他也特别提到了第八诫，以此来反对当时以基督教神权政治为旗帜的德意志农民战争要求平分财产的"邪恶"主张。1525年，路德发表《反对杀人越货的农民暴徒》的小册子，斩钉截铁地重申了新教改革的财产观。他说，"十诫是永远不能被废除的，'不能偷盗'，是私有财产的基础"[②]。

罗马教皇庇护十二世，曾这样评论私有财产的意义[③]：

如果个人被剥夺了获取财产的希望，还能向他提高什么自然的激励呢？保持个性是和个人财产权紧密联系不可分割的。当你千真万确的拿走我赖以谋生的手段时，你不是在夺去我的生命吗？

2.3 财产权的正当性

前述，"宪政"是一种建立在超验的正义观之上的政治[④]。

---

① 《旧约·创世记》1：28。

② 威尔·杜兰特：《世界文明史·宗教改革》，幼狮文化公司译，东方出版社1998年9月版，第528页。

③ 施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第308页。

④ 弗里德里希：《超验正义：宪政的宗教之维》，周勇等译，三联书店1997年版。

这是它与单纯民主制的区分。仅将宪政理解为以宪法为标志、以限制政府权力为目的的一种政法体系，是不完整的。宪政不但是一套技术，更是一套价值。技术是权宜的，不能触及人心。一套缺乏价值支撑的技术体系即便能对公共权力构成十分有效的制衡功能，这套技术体系也不能贸然称之为宪政。因为宪政的最终目的不是制衡公共权力，而是构建一种以自由为最高价值的自我约束的政治生活。或者说为一种能确保个人自由的政治共同体提供一种长期的合理性与可能性。宪政主义认为制衡权力是构建一种良好公共生活的必经之路。但制衡仍然是第二位的和技术性的，为什么需要制衡？对这一问题的回答才构成宪政主义的根源。

美国宪法中集中体现了洛克式的以财产权为先导的自然权利论。尽管《独立宣言》中还提到"追求幸福的权利"，美国宪法前言中还提到作为宪法目的之一的"维护正义"（establish Justice）。但如果不将"幸福"和"正义"这样的词汇放人特定的价值传统中去，就是毫无意义的，仍旧是一个无法验定其品质的"柠檬"。如一个社会主义者、社群主义者、伊斯兰原教旨主义甚至法西斯主义者，都曾在各自的价值传统中宣称其出发点是追求"幸福"和"正义"。要理解宪政主义者所谓"正义"和"幸福"的必要内涵，必须回到宪政主义的价值传统当中，如在休谟关于财产权和正义、以及财产权与幸福的关系中，去理解私有财产权的神圣性，以及理解财产权作为一种自然权利之于公共权力的在先约束。

在柏拉图那里，对"正义"作为一个超验理念提出了第一次完整诠释。他认为正义就是"正当的享有自己的东西和作自

己的事情"[1]。这在财产概念和"正义"观念之间第一次确立起了紧密联系。发展到早期的古希腊自然法（斯多噶）传统中，这一观念更清晰的被转述为：正义就是"给予每个人他应得的部分"。但同时，在柏拉图为代表的古典政治哲学中，正义还有另外一个更加直接的解释，即"善"（good）。"每个人的应得之物"尚未作为一种近代意义上的权利，而从"善"的概念中独立出来。"权利优先于善"这一自由主义的和法治主义的基本思路，要等到以洛克为代表的古典自然法学派出现，才能得到一个关于正义的宪政主义清单。

洛克有两个最大的贡献，一是使超验的正义观从"善"的道德哲学中脱离出来，成为一种近代意义上的权利。换种说法是将自由的概念"权利化"了，并落实在财产权之上。用洛克的话说，"哪里没有法律，哪里就没有自由"[2]。他的另一个贡献是对财产权前所未有的抬举和偏爱。他通过论证财产权在先于社会契约，从而使"每个人的应得之物"这一正义观得到了具体的辩护，并使先于契约的自然权利成为了宪政的基石。他的"财产权"是一个广泛的概念，通常包含了生命、自由和对个人幸福的竭尽全力的追求。一位宪政学者恰当地评价说，"当洛克将自然法改变为人的权利之后，又将人的权利改变为了所有权"[3]。洛克认为财产权是劳动产生的，而不是社会契约创设的。这一看法直接影响了一百年后的亚当·斯密，并通

---

[1] 弗里德里希：《超验正义：宪政的宗教之维》，第3页。转引自王天成：《论共和国》，载《宪政主义与现代国家》，三联书店2003年版。

[2] 弗里德里希：《超验正义：宪政的宗教之维》，周勇等译，三联书店1997年版，第72页。

[3] 爱德华·S·考文：《美国宪法的"高级法"背景》，强世功译，三联书店1997年版，第71页。

过联邦党人将以财产权为核心的自然权利观带入了美国宪政制度，成为宪法的“高级法”背景或超验的正义。

财产权原则的确立对立宪主义具有三个方面的巨大价值。

第一，引入了一种政治正当性的最终源泉。在宪政主义者看来，契约论基础上的民意正当性是不够的，宪政制度的政治合法性，最终必须归结为自然权利对于主权者的在先约束。而宪法一个首要作用就是将来自“不言而喻”背景下的、以财产权为先导的自然权利宪法化，变成一束宪法性权利，并成为其它一切宪法条文和国家权力的依据。其它权利和宪法条文的正当性，不仅要取决于民意，更要首先取决于它们是否违背了这一束宪法性权利及其背后的自然正义。

> 仅仅因为宪法植根于人民的意志就赋予其至上性，这只是美国宪法理论相对新近的一种产物。在此之前，赋予宪法以至上性并不是由于其推定的渊源，而是由于其假定的内容，即它所体现的一种实质性的、永恒不变的正义。它们凭着自身内在的优越性而值得普遍遵行，全然不用顾及那些支配共同体物质资源的人们的态度。这些原则并不是由人制定的；实际上，如果说它们不是先于神而存在的话，那么它们仍然表达了神的本性并以此来约束和控制神。它们存在于所有意志之外，但与理性本身却互相浸透融通。它们是永恒不变的。相对于这些原则而言，当人法除某些不相关的情况而有资格受到普遍遵行时，它只不过是这些原则的记录或摹本，而且制定这些人法不是体现意志和权力的行为，而是发现和宣布这些原则的行为。
>
> ——**爱德华·S·考文《美国宪法的“高级法”背景》**

第二，财产权对于政府权力的制衡功能。引用康德的话说，“显而易见，确定财产权是划定一个保护我们免于压迫的

私人领域的第一步"[1]。用英国一句著名的法谚，就是"风能进、雨能进，国王不能进"。一个乞丐哪怕只有一口破碗属于他自己。宪政制度的目的就是让乞丐在这口破碗面前，成为一个名副其实的国王。让国王或人民都不能因他是乞丐而轻易地夺走这口碗。每一项私有财产权，都意味着一座政府无法攻克的堡垒，意味着公共权力滥用的一种障碍。

第三，体现宪政主义的共和主义色彩，即通过这一超验价值的确定，对于议会选举的民主原则也构成一种制度上的制衡。

在美国独立战争中，大陆会议通过的"宣言和决议"直接引述洛克的观点，宣称"在北美的殖民地的居民们"，"皆有权享有生命、自由和财产"。1776 年通过的《维吉尼亚权利法案》是美国历史上第一项权利法案，也是最著名的一项。法案第一条宣称"所有人都是生来同样自由与独立的，并享有某些天赋权利……包括获取与拥有财产、追求和享有幸福与安全的手段"，这一规定在以后的美国各州宪法中，并且也在国外被广泛地摹仿。如果不理解财产权作为自然权利和宪政价值源泉的这一深厚传统，就无法理解美国《独立宣言》和宪法中"追求幸福的权利"和"维护正义"这两个宽泛概念的真实含义。二战结束后的《世界人权宣言》承认了财产权原则，据 1956 年一份不完全的调查，在建立了宪政秩序的国家中，有 44 部宪法确立了私有财产权的原则[2]。

---

① 安东尼·奥格斯：《财产权与经济活动的自由》，载《宪政与权利》，三联书店 1997 年版。

② 安东尼·奥格斯：《财产权与经济活动的自由》，载《宪政与权利》，三联书店 1997 年版。

“私有财产（权）神圣不可侵犯”，是对于自然权利在先约束的一种直接和传统的表达。“未经正当程序或合理补偿，不得剥夺私有财产”，则是一种默认了在先约束的的间接表达。作为宪政在先约束的自然权利，是一种最小化的和否定性的超验价值。宪政对自然权利的接纳，确立的仅仅是一个关于“自然正义”的否定性标准。这正是宪政的法治主义道路的特点。如哲学家叔本华所言，“法律的概念就像自由的概念一样，是一种否定意义上的，它的内容完全是一种否定”。真正的法律从来就不热衷于规定应当如何，相反，它总是规定不应当如何。自然权利作为一种在先约束，有助于界定“不应当如何”，并对热衷于界定“应当如何”的人及时地泼上冷水。在哈耶克看来，法治的这种否定性或消极性特征，对宪政主义而言至关重要。宪政制度并不会因为接受在先的价值约束而产生专制主义倾向，因为“显而易见，我们并不拥有任何评断正义的肯定性标准，但是我们却拥有一些能够告知我们何者是不正义的否定性标准”①。

超验价值对于宪政的确是必不可少的。但离开自然权利去寻求“自然正义”，就可能走上反宪政主义的道路。施特劳斯曾批判洛克以来的权利化的自然法传统，也批评宪政主义的法治道路。他主张回归直接诉之于“善”的古希腊的“自然正确”观。他认为“每个人的应得之物”通过法律去界定是没有价值保障的。必须以“正义即善”这一更高更直接的标尺来保障正义。即“善在先于权利”。这是对自由主义传统的一个彻底颠覆。他举了一个拙劣的例子，一个小孩子有一件大衣服，一个大孩子有一件小衣服。施特劳斯认为正义就是把他们的衣

① 高全喜：《宪政正义与超验正义》，思想评论网站。

服拿过来交给对方，那就实现了“给每个人他应得之物”，而这时“丝毫不用考虑什么合法所有权的问题”[1]。因此他说正义的所有权和合法的所有权是两回事。平心而论，这种思路假如放在一个具有深厚自然权利和超验价值背景的政治哲学及宪法传统中，可能也不会导致太离谱的后果，但如果放在一个相反的价值传统中，这种离开否定性的自然权利路径而追求“自然正义”的做法，则将是灾难性的。一方面使自由失去基本的安全保障；另一方面也因为对上帝角色的僭越，没有在人间给更加超验的上帝的正义的临在留出位置。

不承认私有财产的神圣性（超验的自然法渊源），几乎就没有宪政可言。因为任何长久的政治共同体，都需要一个最初的正当性根源，只有“天行健”，君子才能自强不息。从迄今的政治经验看，这个根源要么是以“生命、自由和财产”为代表的最小化的神圣性，这样的道路就是宪政主义。要么是以人为的历史目的论或人类多数意志为诉求的最大化的神圣性，这样的道路就是全权主义。

3．基督教传统

3．1 超验正义

尽管美国宪法第一修正案确立了宗教信仰自由。但基督教对美国宪政的影响，至今仍可以从某种无伤大雅的形式上显示出来。如最高法院首席大法官座位上方的石头，就镌刻着《圣

[1] 施特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店2003年版，第149页。

经》中的十诫。林肯在被刺之前签发的最后一个法案，是在硬币的一面刻上“我们相信上帝”（In God We Trust）的字样。大约一百年后，美国在1956年7月20日通过了查尔斯·E·贝内特的提议，将这句话确立为一个全国性的座右铭，把它刻在所有钱币和政府办公大楼上。

杰斐逊所说的“不言而喻”的背景，并不仅是洛克式天赋人权的近代自然法传统。更为深厚的一种超验的正义论和在先约束的思想，来自西方近三千年的犹太—基督教信仰。在基督教的政治哲学中，上帝是最高的主权者。圣经中的上帝甘愿将自己钉死在十字架上，以处苦弱和卑贱的爱和信实的自我约束，托起世界万物，担当对世人的救赎。在这种超验的信仰下，世俗的国家主权又怎么可能“独立”而且“至高”呢？一旦离开价值信仰对于国家的在先约束，任何世俗的政体建构，只是徒劳的建造巴别塔。在1787年费城制宪会议吵得不可开交的时候，当时已经81岁的富兰克林站起来发表了一篇著名的演说，赢得代表们经久的掌声。他说：

阁下，我已年迈，但当我活得越久，我越相信一项真理。神掌管人类的事务。如同麻雀一般，若没有祂的许可是绝对不会落地的，一个国家的兴起能够缺少祂的帮助吗？阁下，我们坚信圣经所言：“若非耶和华建造房屋，建造的人便枉然劳力。”我坚决相信这一点，并且相信，没有祂认可的帮助，我们所完成的政治实体将不会比巴别塔好到哪里去。

在9月17日制宪会议的最后一天，“誊清的宪法被宣读过后”，富兰克林再次发表演讲，其中又提到巴别塔的故事。他说：

令我惊异的是，这套制度如此地接近完美。我认为它也将使我们的敌人感到震惊，他们一直满怀信心的等着听到我们的

委员会每次开会，就像巴别塔的那群建造者那样混乱不堪

一位研究古典政治哲学的美国学者卡斯，曾对巴别塔的寓言和美国立宪主义的关联作过解读。巴别塔是人类一项充满傲慢自负的"通天"工程，因为人类当时共享一种语言，对于人的能力与世间政治的残缺和有限缺乏认识。就如治水工程带来"贪得无厌的权力"和"软弱的财产权"，从而曾导致了"东方专制主义"的兴起[①]。在旧约中若不是上帝变乱人们的语言，阻止巴别塔的建造，巴别塔工程也将顺理成章地发展出类似的东方专制主义。卡斯在他的结论中说，"利用象征性的数学"——他没有提及现代意识形态，人类再一次拥有了"同一种语言"。一个技术性的、实证主义和科学主义的社会"将使我们再次面临巴别塔的命运"。因此当美国的第一位著名科学家富兰克林在制宪会议上，反复强调立宪不是建造巴别塔，就显得意味深长。通常美国的制宪被理解为根据现代政治科学的原理建造了一种全新的政府形式，甚至承诺了一个政治的天堂，或用宋人张载的话说是"为天地立心，为生民立命，为万世开太平"。但富兰克林断言宪法不是巴别塔，"就是要质疑对于立宪事业的这种解释，并将进一步指出，这并不是一件坏事"[②]。

几百年来，那些相信某种在先价值约束的著名的自由宪政主义者们，几乎都是基督徒。但这两大传统也不是单独成篇的，有两个最重要的人物在它们之间起了过河搭桥的作用。一

---

① 参见卡尔·A·魏特夫：《东方专制主义：对于极权力量的比较研究》，徐式复等译，中国社会科学出版社1989年9月版。其中第二章《国家比社会强有力》，分析了治水工程如何导致权力的贪婪和财产权的脆弱。

② 小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，秋风译，北京大学出版社2005年5月版，第323～324页。

个是13世纪的基督教神学家阿奎那。从他开始舍弃了圣·奥古斯丁将“上帝之城”与“地上之城”截然分离的思路，而承袭旧约的政治哲学进路，将对世俗政治的思考纳入神的主权之下。阿奎那一个人基本上完成了对亚里士多德的自然法和政治学思想的基督教神学化。以阿奎那为管道，《圣经》、古希腊哲学和罗马法在基督教世界中融为一炉。在他那里，基督教的超验正义思想，直接袭承和深化了古希腊的自然法传统[1]。阿奎那将神的理性和意志称为“永恒法”，将自然法解释为“人作为理性动物之参与永恒法，就叫自然法”。所谓自然法，“不外乎是神的容光在我们身上留下的痕迹，不外乎是永恒法对理性动物的关系”[2]。阿奎那之于宪政主义的最大价值，是借助基督教和自然法的超验价值，为一种卑谦的、接受在先价值约束的立宪主义的政治哲学奠定了基础。不过耶路撒冷和雅典这两大传统，也在以后不断制造着宪政主义的困境和分化。在宗教改革中，马丁·路德在某种意义上又重回奥古斯丁的立场。

另一个人是洛克。近代以“自然权利”为中心的自然法思想，从霍布斯开始疏离基督教背景，以洛克为集大成者，完成了从神义论的超验价值到人义论的超验价值的转向。尽管洛克自己仍然是一个虔诚的清教徒，但他“天赋人权”论的法治主义特征，对最终将宪法性权利确立为一种在先约束的宪政制度，是一个非常直接的推动，对非基督教国家的宪政化，也提供了更加宽泛的可能性。假如缺乏17、18世纪以来自然法传

---

① 列维·施特劳斯：《政治哲学史》，李天然译，河北人民出版社1998年版，第269页。

② 托马斯·阿奎那：《阿奎那政治著作选》，商务印书馆1997年版，第107页。

统的复兴，西方宪政国家个人自由的超验背景仍然是神义论的，那么宪政制度对非基督教国家来说，就可能仍是一种很难接受的政体模式。正是洛克以来的自然权利传统，使一切宗教或哲学背景下的政治共同体，都有可能在一种宪政制度中接纳个人权利的在先约束。

一个典型例子是1948年《世界人权宣言》的诞生。当年48个联合国成员国——其中一半以上是非基督教国家，投票赞成这个人权宣言，接受“人人生而自由”（all human beings are born free and equal）的在先约束。这一表述和当年杰斐逊起草的独立宣言是几乎一致的[1]。《世界人权宣言》无一个国家投反对票，包括苏联等少数社会主义国家[2]和伊斯兰原教旨的沙特阿拉伯，也只投了弃权票。

托克维尔的话也许是比较中肯的，他在观察了美国的宪政民主制度后，说“极权专制可以不要信仰，但是自由不能”。基督教独一真神的信仰在历史上为正义的观念带来了曾经最坚固、最无可置疑的超验基础；它的政教分离思想又避免了因这

---

① 美国《独立宣言》中说人是被造平等的（created equre），其中暗含了造物主的存在。当年《世界人权宣言》的讨论也并非一个“建造巴别塔”的故事。在第一条的各种方案中曾对人权的根源经过了反复论证，最终决定将上帝、本性、良知、理性和人性等宗教或哲学立场皆排除在外，在“生而平等”（born free and equal）这一被削弱的自然法的表述上取得了共识。参见《世界人权宣言：努力实现的共同标准》，中国人权研究会组织翻译，四川人民出版社2000年版，第47～78页。

② 即使是一种被削弱的自然法观念的表述，也意味着先于国家的个人权利的正当性的确立，这是对各种认为权利仅仅来自于人在特定的政治法律秩序的地位，或仅仅来自于主权者的意志的实证主义立场的否定。因此苏联代表团明确表示，“不承认获得一个国家公民地位的人，独立的拥有个人权利这样一种准则”。但他们仍然只投了弃权票。《世界人权宣言：努力实现的共同标准》，中国人权研究会组织翻译，四川人民出版社2000年版，第76页。

种坚固而可能导致的极权主义倾向。从发生学的角度看，立宪主义的起源和基督教尤其是英美清教徒的信仰密不可分[①]。基督教的超验正义（神的正义）在历史经验中的强势存在，是人类社会走向立宪政体一个必不可少、又万分幸运的因素。但发生学的意义是一次性的，不意味着从此只在基督教的背景下才可能搭建一个立宪政体。因此这种发生学的讨论并非本书最关心的方向。我关心的是一种观念的结果。一个具有超验性背景的观念结果，是否可以从原初的超验背景下剥离出来到处传扬？并在本土的价值传统中从此生长？从后进国家的宪政转型经验看，超验的价值背景并不需要强大到足以自发衍生原创性的立宪主义，尤其是当这种超验价值被认为不是人类理性的一个结果，而是承受启示的一个结果时。在那些未获得直接启示的国家，民众的道德心理足以支撑一个承认“人人生而自由”的观念结果，宪政制度的模仿就足以展开。就像一首歌或许只有天才能够创作，但创作对大多数人的生活而言并不重要，重要的是每个人都有机会、也有权利娴熟地歌唱。

3.2　政教分离

> 恺撒的物当归给恺撒，上帝的物当归给上帝。
>
> ——《马太福音》

> 国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止宗教活动自由……
>
> ——《美国宪法修正案第一条》

---

① 可参考赵晓力：《美国宪法中的宗教与上帝》，载《基督教与中国》2003年第1辑，王忠欣主编，恩福基金会。及丛日云：《基督教传统与古典自由主义论纲》，王志勇：《加尔文政治神学七大原则与人权保障》，均载《政治神学文选》（第二版），范亚峰编辑

世俗权威与精神权威在政治上的分离，这一观念几乎仅仅源自基督教传统。在耶稣被问是否应当向罗马纳税时，基督说出了这句著名的话，“恺撒的物当归给恺撒，上帝的物当归给上帝”。这是基督教政教分离思想的源头，并在政治上逐步形成了消极的和世俗的国家理论。有学者评论道，“在中世纪有两个独特的政治原则，第一是政教分离，第二是政府权力的神圣性”[1]。

这句名言的前半截，承认了恺撒的世俗权力。基督教早期思想因循这句话，认为王权是神圣的，因为它来自于上帝。这就为中世纪神权政治的合法性奠定了基础。使徒保罗有一段著名的论述，有人说“对各国政府而言这大概是《圣经》中最中听的经文之一”[2]。后来也成为基督教思想中要求服从世俗君主权力的一个基础。

> 在上有权柄的，人人当顺服他，因为没有权柄不是出于神的，凡掌权的都是神所命的。所以抗拒掌权的，就是抗拒神的命；抗拒的必自取刑罚。作官的原不是叫行善的惧怕，乃是叫作恶的惧怕。你愿意不惧怕掌权的吗？你只要行善，就可得他的称赞，因为他是神的用人，是与你有益的。你若作恶，却当惧怕，因为他不是空空地佩剑。他是神的用人，是伸冤的，刑罚那作恶的。所以你们必须顺服，不但是因为刑罚，也是因为良心。你们纳粮也为这个缘故，因他们是神的差役，常常特管这事。凡人所当得

---

① 丛日云：《在上帝与恺撒之间：基督教二元政治观与近代自由主义》，三联书店2003年版，第131页。

② 卡尔·巴特：《罗马书释义》，中译本导言，张贤勇译，华东师范大学出版社2005年版。

的，就给他；当得粮的，给他纳粮；当得税的，给他上税；当惧怕的，惧怕他；当恭敬的，恭敬他

——《新约·罗马书》第13章

但这句话的后半截导向了政教分离，且已包含精神权力高于世俗权力的逻辑。保罗上述阐发的后半截，也同样为世俗的权柄设立了一个应当的公义准则。统治权是神圣的，但统治权也是世俗的。世俗权柄的神圣只是一种来源上的神圣，一种因为被上帝默许而带来的消极意义上的神圣，而不是实际权力范围和行动上的神圣。而王权的世俗，则意味着对王权的限制的开端。基督教在赋予世俗权柄神性的同时，也在剥去君王权柄的神性，因此有效地阻挡了君主在政治哲学上登上更高的位置。在一种整全性的国家主义观念中，必然有一个最高的位置。用康德的话说，任何政体都必须解决"最高权威的个人归属问题"，他称之为"Herr"，泛指神明、天子或皇帝。而基督教政教分离的二元论政治哲学，破碎了任何一种整全性的国家观念，否定了世俗政体中任何意义上的"天子"的可能。英国的立宪史表明，只有在这种破碎中才会产生出立宪的概念。

加尔文在对《罗马书》13章的注释中指出，"我们顺服不是因为他们有权柄可以刑罚我们，我们顺服是因为神的话与良心而来的自愿的顺服"。他强调说保罗在"这里的论点完全是关于民治政府的，因此若有人利用人的良心或本节经文来建立他们独裁的统治，是没有根据的"[1]。

20世纪瑞士著名的神学家卡尔·巴特对"顺服"的注释曾引起过争议。他将现存的秩序如国家、教会、权利、社会、家

[1] 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第131页。

庭等的总体设为：

(a. b. c. d)

将上帝的本原秩序对这一总体的扬弃（不效法这世界）设为括号前的负号：

－（＋a＋b＋c＋d）

巴特认为，革命再彻底，也不能视为括号前对人间秩序总体的全面扬弃，也就是不能被视为那个“神性的负号”。最大的成功可能只能是扬弃括号内的现存秩序，也就是把现存秩序的正号变成符号，于是得出下列公式：

－（－a－b－c－d）

显然，括号前那个神性的负号，会出乎意料的将人们擅自以革命方式改为的负号重新变成正号，这意味着革命是一种不考虑神人关系的、建造巴别塔的工程。如席勒的诗句，“他信心十足的将手伸向苍穹去取下他永恒的权利——这权利本来宛如星辰，不可转让，坚不可摧的挂在天上”。他认为暴君的权力有界限，“但他信心十足伸向天际的手却不为自己设立界限”。如果将神与人的关系考虑进来，巴特认为，旧事物必定会在革命的算法之后卷土重来，而且往往有过之而无不及。这一公式可谓对 20 世纪人类政治史一种精当的描述，结果是“反叛者通过反叛站在了现存事物的一边”。因此，政教分离对基督徒而言，意味着一种消极的、防守型的政治哲学[①]。“意味着不发怒，不推翻”，将伦理的希望放在传扬和顺服基督的爱上，放在一种更高的权柄上，而不放在政治国家。这看似一种后撤和放弃，其实是对政治国家最大程度的一种藐视。在某

---

① 卡尔·巴特：《罗马书释义》，张贤勇译，华东师范大学出版社 2005 年版，第 432～434 页。

种意义上，也是一种会令任何国家主义者勃然大怒的激进立场。但唯有这种立场，才是宪政主义国家观可靠的同盟者。

当信徒对上帝的忠诚和对君王的忠诚发生冲突时，就像安提戈涅的故事一样，需要做出抉择。如果将对在上者的服从一面夸大，就会取消这种对世俗权力的来自于超验正义的藐视，使二元主义的政治观失衡，使信徒们首鼠两端。因此后来的基督教思想家逐渐摒弃了对保罗"顺服论"的盲目认识，逐渐将世俗的权力看作充满原罪的恶，将恶看为善的缺乏。5世纪的神学家圣·奥古斯丁开始勉强承认，"当一个统治者下令行上帝禁止之事时，一个基督徒有义务采取消极不服从的态度"[①]。1075年，教皇格里高利七世发布27条《教皇敕令》，宣示教皇有废黜主教和国王、任命圣职和制定法律等神圣权利。并随之宣布废黜罗马帝国皇帝亨利四世。伯尔曼将围绕这一敕令的冲突称为"教皇革命"，视其为西方法律传统形成的六次革命之首[②]。因为这一"革命"导致了宗教管辖权和世俗管辖权的分立，使二元论的基督教政治哲学变成一种制度遗产，从此政教分离成为政治法律观念的一个主要渊源，也成为后来立宪政体兴起的一个地基。

阿奎那是这一思想最重要的辩护者。他更看重罗马书此节经文后半段对世俗权柄提出的公义准则，进一步将消极的不服从立场推至对暴政的反抗。他说，"一位国王如果不忠于其职守，他便放弃了要求服从的权力。废黜他便不是叛乱，因为他

① 弗里德里希：《超验正义：宪政的宗教之维》，周勇等译，三联书店1997年版，第19页。

② 哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第114～116页。

本人才是叛乱分子，人民有权予以镇压"[1]。到1302年，教皇在《一圣通谕》中再次确立了精神权力高于世俗权力的主张[2]，标志着欧洲二元论政治模式的获胜。

基督教神学是一种超验背景最强势的政治神学，政教分离原则是其防止极权主义趋势最重要的解毒剂。但阿奎那以降的思路也暗含着卡尔·巴特所指责的积极改造世俗政治的政教合一的危险。基督教传统如果一旦背弃政教分离的传统，一旦对《罗马书》13章的解释失去平衡，超验正义的一面就可能立刻完成与极权主义最彻底地媾和。在新教改革中，马丁·路德反对罗马教皇对神圣权威的把持。他否定了阿奎那的思路，重回奥古斯丁对《罗马书》13章关于"顺服"的原教旨立场。在《关于世俗权力：对它的顺服应到什么程度》一文中，他重申了政教分离的立场：

亚当的后裔被分为两部分，就如上文所讨论过的。一是在基督治理下的神的国度，一是在政府治理下的地上的国度，两者都有自己的法律。若没有法律，没有一个政权可以存活。政府的法律无非是涉及人的身体、物品和地上外表的事。至于灵魂，上帝不能也不允许任何人去治理，除了他自己以外。所以当政府把治理灵魂揽为己任时，它就越权，侵犯了神的治理[3]。

路德对政教分离的基本立场，是福音（或人类的精神福

① 阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第61页。

② 马斯泰罗内：《欧洲政治思想史》，黄华光译，社会科学文献出版社1998年版，第45页。

③ 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第22页。

址）与国家无关。基督徒传福音的使命，来自基督天上地上至高的权柄。第一，这一权柄不能被置于国家的治理之下，否则就应如使徒彼得所说，“顺从神，不顺从人，是应当的”[1]。路德强调说，“如果世上有权的人吩咐我们做什么，我们就应该做什么的话，就没有必要这样说了”。第二，任何情况下都不应该也不需要借助国家的强制力，一方面如奥古斯丁所说，“信是白白的，没有人可以被强迫违反自己的意志去相信什么，也不应该被强迫”[2]。另一方面，“使用武力永远也不能禁止异端，异端是属灵的事，它不能被铁器击垮，不能被火焚烧，也不能被水淹没。惟靠神的话可以征服”[3]。在捍卫信仰和追求人类的精神福址上，使用任何强制力都是对“耶稣基督并他钉十字架”（保罗）的否定。因为如果强制力是被允许的，何必等到今日，何必轮到你来逞血气。路德的基督教政治哲学，是对人类思想史到此为止的各种国家理论最不留情面的轻视。因为从未有过一种价值的正当性如此强大和自足，却又完全自外于国家，把国家扔在一边。在路德那里，国家仅仅被视为一种寻求基本和平的政治合作方式。在基督徒中不需要使用法律和政府，但世界是基督徒和非基督徒共存的世界。只要这世上有一人不是基督徒，就须遵循政教的分离、顺服世间的法律，而不能依照福音的方式进行统治。否则“就像把狼、狮子、鸽子

---

[1] 《新约·使徒行传》5：29。

[2] 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第25页。

[3] 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第30页。

和羊放牧在一个圈栏里"[1]。

在《劝基督徒毋从事叛乱书》[2]中，路德指称教皇制度是邪恶的、魔鬼撒旦的代理人。但他同样反对针对教皇的叛乱，认为叛乱也是"出于魔鬼的建议"，依旧是一种把石头变成面包的诱惑。路德引用"伸冤在我，我必报应"[3]的经文，为"任何人不得做自己的法官"这一法治原则提供了政治神学上的解释。他认为"叛乱无非就是给自己做审判官、作伸冤的"[4]。如果尊重人间的法治秩序，人与人可以互相做法官，人间的审判权就是程序正义之下的"换手抠背"。一旦全面否定法治秩序，就是拒绝由他人来做自己的法官。因此革命的实质就是自我伸冤，在路德看来，革命革掉的不是他人的命，革掉的是上帝"伸冤在我"的权柄。换言之任何叛乱都是对上帝的叛乱。基督徒面对不公义的现状怎么办，路德说只有三件事应当做。一是承认并除去自己的罪，否则"你们向天上所投的石头，要落在自己头上"。二是卑谦的祷告，三是宣讲和写作，"以你们的口为基督的口"，使谎言被揭露，使教皇制度"在全世界面前蒙羞"。路德相信，"他非因人手而灭亡"[5]，而如保罗所说，"他要被基督的口灭绝"。

路德相信神的话语的力量，是一种信实的力量。因为"诸

---

① 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第10页。

② 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第54页。

③ 《旧约·申命记》32：35，《罗马书》12：9。

④ 马丁路德、加尔文：《论政府》，吴玲玲编译，贵州人民出版社2004年5月版，第58页。

⑤ 《旧约·但以理书》。

世界都是藉着神话而造的"，因此他将对人的言论和对神的祷告视为基督徒改变政治的最重要的、甚至也是唯一的方式[1]。这和英国古典立宪主义将"信仰自由和言论自由"视为经典的自由概念是一致的。在人类史上，立宪政体对各种暴力政治的驯服，其实是一件最不可思议的事情。暴力是世上最简单有效的威权，也是肉眼可见的、对政治法律秩序极大的诱惑。没有一种对与暴力相反的力量的强大信念，很难想像这种驯服在历史上的展开[2]。路德对罗马书13章的立场，在新教传统中开出了一种法治主义和保守主义的道路。如果掌权者违背或滥用世间的法律，"顺服在上掌权的人"将意味着什么呢？是顺服那违背法律的行为，还是顺服那被违背的法律？从这里，可以看到由《罗马书》13章1－7节而来的对世俗权柄的敬重与顺服，与伯尔曼那句著名的法律谚语是一致的，"法律必须被信仰，否则形同虚设"。基督徒基于一种来自更高权柄的教导，而不是基于对世俗法律的偶像崇拜，养成了对世俗法律的顺服。这是立宪主义形成的一个关键。离开了这种顺服，世俗的法律就真是形同虚设了。这样的新教政治伦理，为立宪主义的秩序扩展和普通法传统下的制度变迁提供了路径和心理的依赖。在基督徒对世俗权柄的不服从上，由阿奎那式的以牙还牙的革命模式，转向了从马丁·路德到马丁·路德·金式的以"宣讲、写作、诉讼、辩论"为手段的、"非暴力不服从"的法治

[1] 如路德引用的《旧约以赛亚书》11：4，"他以口中的杖击打世界，以嘴里的气杀戮恶人"。

[2] 如路德喜欢引用的《多林哥后书》10：4，"我们征战的兵器，并不是属血气的，乃是在神面前有能力，可以攻破坚固的营垒，将各样的计谋，各样阻拦人认识神的那些自高之事一概攻破了，又将人所有的心意夺回，使他都顺服基督"

主义和宪政主义模式。

这也说明政教分离原则对宪政制度是何等重要。超验正义与在先约束是一面双刃剑，政教分离是恰当的"破剑式"。没有世俗权力与道德或精神权威的剥离，就没有宪政主义。萨托利在回答后进国家"自由民主可以移植吗"的问题时，毫不犹豫地把权力的世俗化视为"民主的先决条件"①。政治国家的世俗化基于政教分离，但不是基于政治哲学在整体上的世俗化。权力的世俗化不是一种整全性的世俗化，而是对任何一种整全性的权力观（无论世俗还是超验）的否定。这种世俗化是谈论宪政主义超验之维的前提，只有当宪政主义包含了对超验价值的承认和尊重，才可能为政教分离和政治国家的世俗化提供论证和看守。因为超验价值的存在，正是迫使国家权力世俗化的力量。正是基督教一神信仰彻底的超越性，才在人类政治史上破除了对于任何世俗权威的偶像崇拜。如旧约"十诫"的第一诫和第二诫所言：

除我之外，你不可有别的神，不可为自己雕刻偶像，也不可作什么形象上天、下地和地底下、水中的百物。不可跪拜那些像，也不可侍奉它。

反偶像崇拜和政教分离的精神是一致的。即便耶稣没有说过那句醒目的话，"一个神圣的国家"，这一观念本身就是极端渎神和自相矛盾的。在历史上看，基督教抑制了国家主义的膨胀，为制衡国家权力的立宪道路留下可能性。这种可能性在诸如东方专制主义的神权统治下是缺乏的。尽管新教中的加尔文教派也曾暗含过极权政治的可能性，但总体上看，基督教独一

① 萨托利：《自由民主可以移植吗》，刘军宁主编：《民主与民主化》，商务印书馆1999年版，第148页。

真神的信仰是反极权主义的。相反，凡是多神教、泛神论或唯物论盛行的地方，几乎都是极权主义政治的温床。政治国家只有在这种缺乏确定的方向感的超验氛围中，才可能被抬升为至高无上的偶像。也可以作个类比：宪政的在先约束之于民主制度，和基督教的超验正义之于君主制度，其实是一样的。只不过在现代国家，基督教的超验正义换成了宪法化的自然权利，而君主则换成了人民。

政教分离原则，暗含了在先的价值约束，也暗含了对唯意志论的民主崇拜的反对。一种政体如果奉行政教分离，就不可能是民主至上的政体。因为政教分离和民主至上也是一对反义词。承认政教分离，意味着大多数人的意志最高也只是一种世俗的权威，不可能因其数量而上升为一种道德权威。

17世纪中期，英国君主制一度被废和议会主权兴起之后，保守派代表人物罗伯特·菲尔默，发表了《父权制，或国王的自然权利》。在启蒙运动的大潮中，他坚持世上的统治权柄都来源于上帝对亚当的授权。在对《罗马书》第13章关于顺服的态度上坚持一种近似于路德的立场。洛克的《政府论》正建立在对菲尔默的激情澎湃的批判之上。这使菲尔默几乎成为人类主流政治思想史上坚持基督教政治神学立场的最后一个著名人物，在多数近代以后的自由主义者那里，也几乎是最臭名昭著的一个。菲尔默坚持基督徒的"生而顺服"，他反对当时盛行的"生而自由"的政治理论，认为如果要终结近代以来的叛乱，必须要否定这样的理论。他如此描述这种理论[1]：

人类生而就被赋予了免除一切服从的自由，人类自由的选

[1] 詹姆斯·塔利：《语境中的洛克》，梅雪芹等译，华东师范大学出版社2005年12月版，第11页。

择的他所喜欢的政府形式，任何人凌驾于他人之上的权力最初都是由根据人类多数的自由选择所给予的人类权利来决定的；因此，国王们要服从其臣民的责难和剥夺。

在反对一种唯意志论的立法权和创制权，和质疑单纯的民主崇拜上，菲尔默的保守主义立场是值得尊重的。他的立场和立宪主义的立场只有一线之隔。但菲尔默对民治政府的那种敌视，却是路德和加尔文也不能赞同的。菲尔默挖苦心思地论证英王是亚当的直接后裔，因而对他的臣民具有父对子的神圣的统治权柄。这令人想起儒家关于统治者与被统治者“父子关系”的比拟，但儒家始终只能在由家推国的类比意义上给出最虚弱的论证。洛克与菲尔默之间的这场辩论，是宪政主义思想史上一次重大转折，洛克比霍布斯退得更远，他不再承认圣经或上帝的默许构成现实君主权力的来源。他将政治的基础革命性地搭建在自然权利和契约论上，把对上帝的信仰排除在对政治的论证之外。这意味着基督教的二元主义政治观开始向着近代自由主义的政治观转变。自由主义的政治观也主张政教分离，但并不是二元论的，而是开始将信仰视为私生活，排除在公法领域之外而已。宗教性的超验正义从此变成了非宗教性的、但依然是先验的自然权利。国家在起源上因割断了来自上帝的代表权柄也更加世俗化了。契约论从人性的恶与不可靠出发推演，用休谟的话说“政治必须把每一个人都假设成无赖”。国家权力因此成为一种工具性的权力，它甚至不能单独支撑起法律的正当性。这就与任何意义上的精神权威都相去更远了。

国家犹如一艘“五月花号”，它的安全和航行能力的重要，是因为它的安全与每个乘客的安全紧密勾连。但在任何意义上，乘客的价值都超过了这艘船本身的价值。船的目的是维护乘客的个人权利，它没有属于它自己的欲望和单独成篇的意

志。这艘船需要一部圣约或宪法，但如哈耶克所说，宪法的本质是以公法的方式实施私法。宪法本身和这艘船一样也没有自身的目的。宪法除了它以法律方式确立的乘客的自然权利（权利法案）之外，其余部分也没有单独成篇的神圣性。在洛克之后，宪法和这艘船归根到底要维护的目的只剩下一个，如孟德斯鸠所言的：

在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。

要确信这一点，使船不至于反凌驾在乘客之上，首要原则还是政教分离。将国家身上的光环和教袍彻底去掉，在防止国家滥用行政权力之前，首先防止国家在道德价值上唯我独尊。在防止国家侵犯财产权和人身权之前，首先防止国家侵犯个人的思想、精神、语言和尊严。宪政主义的政教分离原则和中世纪的政教分离有一个巨大分歧，在于对思想和政治多元的宽容。在现代国家，即便远离国家权力的地方，也已不存在一个独立的宗教或精神权力的中心。这意味着精神性的权威留给了一个思想和信仰自由的民间社会，意味着现代社会的政教分离是最彻底的，甚至彻底到"政治正确"的地步。任何一种精神性的权威不能再借助国家的势力去维持和竞争。多元化的精神与话语的权威，只能使用一种手段去竞争自己的信奉者，这一手段就是路德所说的"宣讲和写作"。而在欧洲中世纪，教会本身拥有和君王在性质上相似的强制性权力，政教分离仅是指两套权力系统的分离，不是强制性的世俗权力与非强制性的精神权威之间的分野。中世纪的罗马教庭之所以没有完全走向对人世间的专制，不是出于观念的平衡，只是出于与欧洲君主的势力平衡而已。

3.3 中世纪教会宪政

贵族分封制，以及教会与君王的二元分离，在中世纪后期绝对君主制兴起之前，是欧洲中世纪对于君权的两重制度化的剥离和限制。尽管还远不能称之为宪政制度，但与新教伦理带来的个人主义的张扬一样，都是对后世宪政主义形成有重大价值的遗产。不过除此之外，在中世纪基督教会中，确还发展出了可以被称之为宪政制度雏形的“教会宪政”。教会宪政在起源上甚至比英国的虚君宪政更早。

一、教皇君主制。

从5世纪开始，教皇在教会内部开始被赋予君主般的地位，形成了教皇君主制的理论。在耶稣的门徒中，彼得被认为是创立了初代教会的使徒之首。圣经记载耶稣对彼得说：“你牧我的羊”，又对他说，“我要把我的教会建立在这盘石上，阴间的权柄不能胜过他，我要把天国的钥匙给你。凡你在地上所释放的，在天上也要释放。凡你在地上所捆绑的，在天上也要捆绑”[①]。根据这两段经文，彼得被认为是经耶稣授予了“释放与捆绑”的权柄。后世的教会认为这意味着教会是一个特殊的政府，是一个在地上与君王分庭抗争的精神权力的中心，而教皇则是圣彼得的继承人[②]。几个世纪以来在教会内部，通过对罗马法的继承逐步发展出教会法。格里高利七世在1075年发动“教皇革命”之后，一个教会国就形成了。在某种意义上，居然是教会，成为了欧洲第一个世俗化的利益集团，而受

---

① 《新约·马太福音》16：19。

② 丛日云：《在上帝与恺撒之间：基督教二元政治观与近代自由主义》，三联书店2003年版，第243页。

教会法治理的教会，也成为了人类历史上第一个现代意义上的国家[1]

二、教会国内部的政教分离

一个教皇统治下的“国度”，似乎理所当然在政治上是政教合一的。但同样令人诧异的是，罗马教会发展出了一种内部的政教分离模式。教皇利奥一世一方面主张教皇作为教会的首脑具有君王般的权力，另一方面他又提出一个著名的理论，认为“教皇”是一个公职，教皇继承的是圣彼得的职位，而不是使徒的个人品质和才能。这就使教皇的职位开始“世俗化”，和君主制有了迥然的不同。因为君王继承的显然不是一种职位，而是一种神圣的血统。如果上一代君王是神圣的，是上天之子，那么下一代乃至子子孙孙的君王也都是神圣的，都是上天之子。但利奥一世的理论却在一种非世袭的“君主制”下，逐渐发展出了一套政教分离的宪政模式。到了1140年编纂的《教谕》，这种对教皇公职的性质区分有了更完整的阐释[2]

教会法学家们提出了一对重大的概念，圣品权力和统治权力。圣品权力是一种神圣的和精神性的权力，所有主教都具有这种权力，它来自使徒传承所递交下来的神恩。统治权力则是一种世俗的、行政性的权力，来自教会（或一个教区）的授予。所有主教也都享有统治权力，但教皇经过主教会议选举产生，他的统治权力来自于整个教会共同体的授权[3]。教皇的统治权力是最高的和“充分”的。换句话说，教皇尽管同时具有

---

① 刘小枫：《现代性社会理论绪论》，上海三联书店1998年版，第124页。

② 斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社2001年版，第121页

③ 钱永祥：《个人抑共同体——关于西方宪政思想根源的一些想法》，载《纵欲与虚无之上》，三联书店2003年版，第153页。

圣品权力和统治权力。但在教会内部，教皇的职位只是一个CEO的职位。在同样具有圣品权力的主教中间，他并没有高出他们的神圣性。在同样拥有统治权力的主教中间，他的统治权力也不是独占性的。

对两种权力各自来源的区分，意味着教会内部政教之间的某种分离，同时防止道德范畴的权威与行政权威混淆的后果。而统治权力的来源（选举和授权）和各教区的相对独立，又暗含了契约论和联邦主义的因素。

三、主教会议至上。

与教皇拥有最高统治权力的观点相对应，中世纪教会中开始出现主张教会共同体至上的观点。有一个容易被忽略的事实，是在近代各种社会团体出现之前，教会是整个欧洲中世纪最重要的个人之间的共同体组织。也是唯一一个游离在君王国权柄之外的共同体。教会法学家们将教会视为一个“信仰者的团契”，认为这个共同体之整体，高于任何领导或代表这个团体的个人（甚至高于彼得）。可以看到来自罗马法中的社团概念和古希腊共和主义传统的影响。但更重要的观念来自基督信仰本身，教会将信徒看作归于基督的主内肢体，与神的相关联，使人不是原子式的个人，而是与神同在的全体。神的维度，使教会产生出一种强烈的共同体意识和人类感。

在教会共同体的观念下，罗马教会的法学家还发展出了“代议”的理论，作为主教会议推选教皇的解释[1]。12世纪的教会法中，已发展出“主教会议”是教会真正主权所在的理论。如果加上上述圣品权力与统治权力的区分，几乎可以得出

[1] 钱永祥：《个人抑共同体——关于西方宪政思想根源的一些想法》，载《纵欲与虚无之上》，三联书店2003年版，第158页。

主教会议高于教皇的结论。中世纪主教会议至上的理论和实践，也比英国古典议会的传统更早，一直被公认为是代议政体的主要起源[1]。但到底主教会议和教皇，谁才是最高的主权者呢？一些教会思想家开始注意到古希腊和亚里士多德的“混合均衡政体”思想，提出“教会宪政的最佳形式应该是一种混合形式”[2]。阿奎那也认为：

宪法应该将一种受节制和选举的君主制，与贤明的贵族制，以及允许所有阶级经民众选举担任公职的民主制结合起来[3]。

之后教会法提出一个混合的观点：“教皇在主教会议中，权力大于他在主教会议之外”。对比几百年后英国立宪政体所确定的“国王在议会中”的混合主权原则，几乎就是对上述观点的一个翻版：“国王在议会中（king in parliament），他的权力大于不在议会中时”。

代议制在中世纪能够酝酿出来，本质上和基督教的政教分离传统有关。古代的一切政权几乎都是某种神权政治，神权政治下不可能产生代议思想。基督教不同于其它宗教背景下的神权政治之处，是基督以纲领性的新约，取代了旧约中包罗万象的旧律法。以色列的历史证明了人行公义的失败。基督以十字架上的救赎恩典，替罪人成全了律法。从而在政教分离的思想下，基督教将“公共生活与私人生活的一切细节”从此交给了

---

[1] 霍斯费尔德：《近代代议制与中世纪代表制》，载《施米特与政治法学》，上海三联书店2002年版，第355页。

[2] 斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社2001年版，第121页。

[3] 阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第62页。

恺撒的法律，只把一个“爱神与爱人”的圣洁使命留给了教会，教会被视为是基督的身体。这样，基督教便为教会内部建立在一种非世俗的代表权柄之上的代议政体提供了可能性①。到15世纪，教会曾掀起一场“主教会议至上论运动”。在1414年的康斯坦茨公会议上，正式发布了两个革命性的公告，宣布主教特别会议而非教皇，享有对教会内部事务的至高权威；主教特别会议并应该4年召开一次——尽管这个运动最终还是失败了。

中世纪教会宪政的理论与实践，虽然不像英国古典宪政主义那样有辉煌而牢固的成就，但它比英国更早提出和尝试了一些对宪政主义来说是至关重要的概念和原则，正是这些概念和原则，一步步构成了今天立宪主义的基础②。

4．天道

祭神，如神在。

——《论语》

上帝监民。

——《书经·吕刑》

在中国远古，民族政治组织是一种多神论背景下的政教合一体制。但几经蜕变，后来同样曾经形成了最高一神的观念。“天”被先民们视为一“有意识的人格神”，在古籍中有时也称

① 阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第345页。

② 斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社2001年版，第122～122页。

为“上帝”。这个天或上帝和人一样有意志、有情绪，直接监察或指挥人类的政治行为[1]。梁启超把这个转变称之为从“神意政治”进为“天意政治”。

皇矣上帝，临下有赫，监管四方，求民之莫。（《诗经皇矣》）

这个人格化的“天”，由于缺乏浓厚的一神教传统，所以很快的，宗教之“天”又演变成了哲学化的自然之“天”。到了《易经》，开始形成天道的思想，成为儒道两家共同的一个渊源

一阴一阳之谓道，继之者善也，成之者性也（《易经·系辞上》）

中国的“天道”思想和古希腊早期自然法传统是比较类似的，它们都是以某种非宗教的超验价值，作为道德和政治的最高来源。来自上帝或天的“洪范”（《书经》），也就是宇宙自然间的大法，被认为是高于世俗政权和制定法之上的。用老子的话说，“万物莫不尊道而贵德”。这种天道的本体论在早期儒家那里不显明，但从董仲舒开始，“天道”为政治提供合法性和批判性的本体论价值就凸现出来了。

梁启超这样总结中国儒道两家“天治主义”的自然法特征[2]：

（自然法则）其总相即后此儒家道家之所谓道　其条理，则后此儒家之所谓礼，法家之所谓法也。而其渊源则认为出于

---

[1] 梁启超：《先秦政治思想史》，第二章《天道的思想》，天津古籍出版社2003年5月版，第26页。

[2] 梁启超：《先秦政治思想史》，第二章《天道的思想》，天津古籍出版社2003年5月版，第29页。

“天”，前此谓有一有感觉有情绪有意志之天直接指挥人事者，继而此感觉、情绪、意志，化成为人类生活之理法，名之曰“天道”，公认为政治所从出而应守。

有一种观点否定“天道”是自然法，他们认为中国的“天道”传统和自然法相比，最大的差别，在于自然法的基础是一种“普遍理性”[①]，正是这个理性传统使自然正义观能够最终走向法治主义和权利化的方向，成为宪政自由主义所信奉的在先约束。但“天道”思想在内容上却与这样的理性传统格格不入：一出于中国思想传统的辩证思维，“天道”概念强调变化和流动不居，《易经》说“生生之谓易”，老子说“反者道之动”，这就很难去形成一个权利化的标准。出于中国思想传统的直觉思维，所谓“有物混成，先天地生”，它强调一种混沌之中的和谐，也似乎很难支撑一种对抗论的和权利细分的政治哲学。

但这种比较是一种概念主义的而不是功能主义的比较。“天道是不是自然法”是一个伪问题，就像问“张三是不是王五”。中国的天道思想因为缺乏宗教背景和理性传统下的长期沉浸，超验的说服力的确较弱。春秋之后，便在残酷的现实中开始没落，孔子也很少论及抽象的天道。《左传》有云：

天道远，人道迩，非所及也，何以知之？灶焉知天道，是

---

① 参见蒋庆：《政治儒学——当代儒学的转向、特质与发展》，第三章《政治儒学与现代民主政治》中论及“天道与自然法”。作者有两个缺陷，第一，囿于儒学立场，作者的论述没有包括道家的“天道”观，这样对天道思想的论述是残缺的，因为儒家长期以来缺乏本体论的关怀，而在天道思想上道家对汉以后的儒家其实影响甚多。第二，作者没有注意民主与宪政之区分，在民主的立场上，天道与自然法之间或许扞格较多，但在宪政的意义上，它们之间的相似处更具有重大的意义。

矣多言矣，岂不或信。

从董仲舒开始，天道思想有所复兴。尽管“天道”在中国传统文化中的地位上，远不能与“自然法”对西方文明和宪政民主根深蒂固的影响相提并论。但将道德价值的本原诉之于天，所谓“天地良心”，至今仍是中国一般公民深入人心的观念基础。真正的问题是，中国的天道思想能否和西方的自然法传统那样，为中国人接受和更新一种自由在先于权力的宪政制度，提供一种政治“所从出而应守”的超验的价值观背景？天道与自然法之间的相似性如果有助于对这个问题的肯定回答，这样的相似性就是重要的相似性。相反，它们之间的差异性如果不影响对此问题的肯定回答，这样的差异性就是不重要的差异性。

“天道”思想在宪政主义的视野上，有着和西方自然法相类似的四重特征：

第一，“天道”为政治提供最终的合法性，即“奉天承运”。

第二，天道意味着一种高于制定法和君权的在先约束。

《诗经》中说“顺帝之则”，老子说“王法地，地法天，天法道，道法自然”，发展到董仲舒那里则是“屈君伸天”。历史上一切农民起义或诸侯造反，自称“替天行道”，则反映了一种依托天道约束的革命观。

第三，天道是一种超验的正义观。

天道的辩证思想，并不意味着它全然没有固定的正义观。《论语》说“天下有道则庶人不议”、“天下有道则见，无道则隐”，老子说“天下有道，却走马以粪，天下无道，戎马生于郊”，都体现出天道清晰的道德批判价值。后世儒家将道德的本原诉诸于天道，逐步为天道确立了更为明确的道德价值内涵。老子的道家思想中，天道也并不是混沌不可言的，《老子》

第七十七章说，“天之道损有余而补不足”，这和斯多噶学派的自然正义概念“正义就是给每个人他应得的部分”相对应，为“天道”提出了一个实质正义的界碑。

另一方面，在《庄子》中，已开始用“天理”来描述“天道”。理者，纹路也。有学者指出，从魏晋到宋明，“天理”作为宇宙规律被逐步提升到超越具象的形而上层面。由此中国文化经历了一个不同于西方现代化的理性化过程，一种形而上的和逻辑化的“天理”成为了对“天道”的具体界定，并成为一种论证社会制度正当性的最终标准。尽管天理很大程度上仍然是伦理性和团体性的，如二程所说，“人伦者，天理也”，“礼者，理也”[①]。但若是说“天道”观念缺乏任何意义上的理性化传统，也并不准确[②]。

第四，天道的超验正义观是一种消极的正义观。

儒道两家同源自《易经》的阴阳观，提供了一种混合均衡的、有节制的政治思想。“天道”的正义观是一种消极的、均衡的正义观，它强调政治的无为，“易，无思也，无为也”（《易经系辞》）；强调坚持阴柔一面的制衡作用，“弱者道之用”（《老子》）；而反对政治的暴力，“强梁者不得其死”（《老子》）这种以阴弱为支点的天道的消极性，并没有明确其个人自由的负载。但这与宪政自由主义坚守自然权利为起点的消极的国家观，仍然是类似的。

---

① 《河南程氏外》卷七，转引自周念：《中国自然法论的哲学基础》，《中西法律传统》2001年版。

② 金观涛、刘青峰：《天理、公理和真理——中国文化“合理性”论证以及“正当性”标准的思想史研究》，世纪中国网站 http://www.cc.org.cn/.

4.1　奉天承运

汉朝初年的董仲舒，开启了“天道思想的第二次复古运动”[1]，他回到儒家传统中“天”的概念，将“天”加以强调，为汉朝的平民政权提供政治合法性的根据。董仲舒运用阴阳五行学说的形而上根据，与作为政治社会哲学的儒家相结合，开创了儒家的本体论建设。

所谓“道之大原出于天”。而“王者承天意以从事”[2]，天子就成为了君权神授的天子：“受命于天，天意之所予也，故号为天子者，亦视天如父，事天以孝道也”（《春秋繁露·深察名号》）。这是“奉天”的来源。至于“承运”，则牵扯到春秋邹衍的“五德始终说”。邹夫子认为五行相生相克，五行又配之五德，每一个朝代都代表其中一德，如黄帝尚土德、夏尚木德、殷尚金德、周尚火德。五德循环往复，朝代便兴亡绝续。董仲舒将“五德”简化为“三统”，即黑统、白统和赤统。他说夏朝是黑统，商朝是白统，周朝则是赤统。这一模式是天命合法性的普及版本。董仲舒深知形而上学的要领，是简单明了，事不过三。

哲学家任继愈解释所谓承运，“就是承五德转移之运”。“天道”思想一以贯之，形成了从盘古开天地的一个中国君权的“道统”。这个道统超越在历朝历代的政权更迭之上，使改朝换代就如同董事会换届。嬴政得天下后，“推终始五德之传”，认为周得“火德”，秦代周而起，便是“水德”。始皇帝

[1] 梁启超：《先秦政治思想史》，第三章《天道的思想》，天津古籍出版社2003年5月版，第36页。

[2] 《春秋繁露·尧舜汤武》。

还特意改黄河为“德水”，标榜自己取得了政治合法性。从此“奉天承运”成为中国传统君权的统治合法性源泉。这一合法性基础的根子显然是超验的，它直接带来了君王权力的神圣性和政权本身的非世俗性。

任先生说“中国皇帝即位，诏书开首必以‘奉天承运，皇帝诏曰’开始”。哲学家冯友兰也在《中国哲学简史》中大而化之地说，“汉之后”皇帝的正式称呼都是“奉天承运皇帝”。这并不准确，“奉天承运”作为一句套词的运用仅始于明太祖，以前的圣旨中没有这样的套语习惯，魏晋南北朝时，因天命转运实在太频繁，皇帝的即位诏书中便开始出现“应天顺时，受兹明命”一语，如《晋书》帝纪三中的晋武帝即位诏，帝纪六中的东晋元帝即位诏等，都有上述文字。从此直到唐宋，宣称天命所系的用语基本上都局限于皇帝的即位诏。如德宗即位册文中有“昊天有命，皇王受之”之语，肃宗即位赦称：“朕闻圣人畏天命，帝者奉天时”云云。顺宗即位赦则说：“朕纂承天序”。但皇帝平常的赦令里并没有这样的轮番重申。

宋朝是相权衰微的转折。唐代相权极重，皇帝诏书出自门下。到了宋朝，太祖到宋徽宗八位皇帝的即位赦文也还沿袭传统，均以门下置于篇首，开头便是“门下，天下之本”[①]，有一点美国首席大法官奎伦斯特来为小布什加冕的意味。但到真宗以后，皇帝就牛皮哄哄了，他们彻底抛开门下省的传统，大多直接以“朕绍膺骏命”或“朕膺昊天之眷命”之类的用语开篇。又有些绝对君主制兴起，拿破仑开始抢过皇冠自己戴上的味道。

直到元朝，诏书开头有了一套固定的用语，蒙古语的音译

① 钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2002年版。

为："长生天气力里，大福荫护助里"，文言译作"上天眷命"。后来朱元璋嫌口气不够谦卑，便改定为"奉天承运"。笔者检阅二十四史，发现"奉天承运"的前缀首次出现是在《元史》附录中。李善长等向朱元璋进元史表，称"臣善长等诚惶诚恐，顿首顿首：钦惟皇帝陛下奉天承运，济世安民"。朱元璋还将议事大殿命名为"奉天殿"，手执玉圭，上刻"奉天法祖"四个字。即位的头年，他自称曾梦游天宫，见到"道家三清"，又有紫衣道士授以真人服饰和法剑。朱元璋亲自撰写《御制纪梦》大肆宣扬，为"奉天承运"制造呈堂证供。

凡明清两代，"奉天承运皇帝诏曰"的开场白，成为圣旨中一项根深蒂固的合法性用语。文字上则稍有出入，如文学著作《西游记》中，唐僧手执的天子文牒，开篇是"南赡部洲大唐国奉天承运唐天子"云云。可见在明朝，此话已很快成为民间耳熟能详、敬而生畏的皇家招牌。所以清兵以明朝旧臣入关，还非常在乎这个行头，只字不差将这个开场白学了下去。并在1657年以"奉天承运"之意在满清发祥地盛京设奉天府，意在强调天命所系。

尽管正确读法应当是"奉天承运皇帝"诏曰，但"奉天承运"与"皇帝诏曰"之间大有政治哲学的逻辑关联。"皇帝诏曰"指涉一种世俗化的权力，"奉天承运"则托出这种权力背后的凭借，是恺撒的合法性源泉。没有前面的"奉天承运"，"皇帝诏曰"就没有底气，王与寇之间缺乏一条不可逾越的界限。"皇帝诏曰"的权力就和一个把刀架在别人脖子上的人的权力一样，不能获得辩解。很多国家的宪法在正式条文前都有一个序言。有的冗长，有的简短。长如中华人民共和国宪法，短如美国宪法。宪法为什么在条文之前需要一个序言？其政治哲学意义就是"奉天承运"，即对立宪政体所接受的在先价值

约束的宣示。而宪法条文则是人民取代君主之后的“人民诏曰”。如果只是“皇帝诏曰”改为“人民诏曰”，而无任何意义上的“奉天承运”的依托；仅仅以民事契约的扩展来看待宪法，宪法框架就只是一个临时性和唯意志论的妥协结果，并没有绝对不可违背的道德上的义务。因此并不比君主制更能支撑一个社会的长久稳定的政治架构。

以美国宪法为例，它的前言写道：

我们人民，为了建立一个更完善的联邦，维护正义，确保国内安宁，提供共同防御，增进公共福利，并保证我们自身和子孙后代永享自由的幸福，特制定美利坚合众国宪法。

这段话有三个关键词，“我们人民”，指出广义上的人民主权理论下的“民意合法性”，“维护正义”和“永享自由”，指出宪政主义所接受的在先约束。宪政需要一个超验价值的支点，才能抵挡和约束唯意志论下的君主主权或人民主权。在西方是深厚的自然法传统和基督教背景，在古代中国是天道思想。有论者将中国古代“奉天承运”的神权政治逻辑，比喻为物理学上的宇宙大爆炸学说。大爆炸的奇点没有时间和空间。超越时间和空间之外的奇点是先验的，不可检测的。但没有一个不可讨论的奇点作为起点，就没有任何意义上的秩序和对于秩序的解释。人类理性拓展的有限性，使物理学家只能去讨论大爆炸发生后的事情。因此大爆炸理论是创世论（也称智慧设计论）之外的一种自然主义的宇宙起源假设。大爆炸理论接近于神学，但大爆炸本身没有道德的负载。没有道德负载意味着它是世俗的，不像上帝的创世为历史和时间预设了一种意义和标尺。因此一般科学家们在力所不逮之下，姑且接受大爆炸这一关于秩序来源的假说，作为实证主义科学研究的一个不可被证伪的超验背景。这与立宪政体及其超验背景的关系颇为类

似。宪法序言所显现的在先约束，和摩西承受神的启示书写创世记也是类似的。政治学家、法学家也与科学家一样，在接受先验假设的前提下，才有可能对创世之后的世界做出周延性的解释

但两者之间也有一个区分。“奉天”和“承运”是不同的，“天道”与“天命”也不一样。“天道”是消极的超验正义，“奉天”意味着政治须尊奉一种在先的价值约束。但“天命”却含有异样积极的成分，所谓承运，就是注定要去担当和完成一个积极的使命。因此“天命”所包含的中国传统的宿命论色彩，和黑格尔以来人义论的“历史目的论”有异曲同工之处。儒家政治哲学的“天命观”，和建立在这种历史目的论之上的现代意识形态政治也具有某种一致性。某种人造的历史规律或历史使命的高高在上，否定了唯意志的契约论，但也同时否定了一种个人主义的在先价值。因此本质上是反宪政的。宪政主义只能接受“奉天”对民意合法性的补充，不能接受“承运”的政治合法性。只接受“天道”的约束，接受“天道”之下的“君子以自强不息”，和建立在私人契约与财产权原则之上的自生扩展秩序，但不接受任何“天命”的约束。宪政主义在考察中国传统的天道观时，必须把“奉天”和“承运”区别开，把天命循环、历史因果的承运思想剔除

一些论者期望能从某种中国传统中推导出在西方支撑了“自由”与“民主”的价值内涵。这并非中国能否实现宪政民主转型的关键。“天道”思想对于宪政转型的价值，不在于是否可从儒道两家的天道概念中，直接获得天赋人权、生而自由平等这样的观念结果。“天赋人权”观念和接受了自然权利在先约束的立宪制度，是西方历史经验的一个结果。但不意味着这个结果不能离开它在西方的经验土壤。事实上近两百年来，

后进国家与更多西方国家一直在接受和分享这个结果。150年来，中国也一直身在自由与民主的人类传统之中，并非如某些人假想的那样在此传统之外。150年来，中国遭遇前所未有的强制性的观念变迁和制度变迁，已构成一个足够强势的本土传统。在今日，这一混合的传统比早先的大传统更为真实。成熟的宪政制度可以移植，后进国家包括一些儒家文化圈内的宪政转型经验已证明了这一点。在宪政主义的观念转型中，也并非要从本土牵强附会地推论出普遍意义上的权利观，使其成为本土化的观念结果。或反之，推论出非普遍意义上的本土资源的正当性。"自然权利"的在先，在观念上是普遍性的，在发生学上是西方历史经验下的。重述和珍惜"天道"的传统，是为接受这样一种观念结果而温习一种在本土文化心理上可被接纳的传统。这一传统就是：

坚信有一种高于任何个人或群体意志之上的超验的价值和秩序，它是政治秩序和道德权威的正当性来源，一切统治者都低于这种根源，不能声称自己代表和霸占了这种根据。这种超验的价值是消极的和诉之于个体的，它构成了对于国家的在先约束。它既是我们在内心审视和评价国家权力和制定法是非善恶的最终依据，同时它的宪法化的表达，也构成了我们在法律制度上限制和界定公共权力大小范围的具体标尺。

从这个意义上说，"天道"和自然法的价值是一般的。中国儒道传统所共享的"天道"思想，为中国人接受和理解立宪主义的政治秩序提供了本土的观念背景。而对产生于西方自然法传统和基督教背景下的自由主义的观念结果，这一背景需要的是复苏、顺服和更新，而不是在它们之间穿凿一种因果

4.2 屈君伸天[1]

"宪"在古汉语中有多种含义。其中有"效法于上"的意思，如"宪禁于王宫"（《周礼·天官》），也有和现代宪法概念相近的"约束制衡"之义，如"被宪者多结怨"（《南齐书·高帝纪》）。但古汉语中出现"宪法"一词均指刑法，取制衡老百姓之义，如《国语》中说"赏善罚奸，国之宪法"。尽管中国古代的专制主义君主制相对于欧洲而言，是一种绝对的君主制。但事实上君权依然受到了明显的和具有传统渊源的诸种约束制衡。尽管这些制约大部分是非制度化的，在立宪政体的对照下也显得微不足道。有学者指出三种最主要的对于君权的制约[2]，其中至少两种与董仲舒重申"天道"的思想有密不可分的关系。如果我们先持一种关于"地方性知识"的法律相对主义视点[3]，不急于依照英美式的现代宪法概念，去看待中国古代的皇权专制主义政体。也可以假定，自董仲舒开始，中国史上便逐步形成了对于君权在观念上和事实上的一些不成文的立宪。这一制约的成就在宋代达到巅峰，然后慢慢削弱。君权对于相权和对儒家精神权威的侵蚀不断加大，直至明清时代废掉了中书（相权）。所以有一种观点认为，直到明太祖废相后，

[1] 此小节主要观点，引自笔者《董仲舒的"屈君立宪"制》一文，见网络刊物《世纪周刊》2001年3月，后以《"屈君伸天"与皇权专制——董仲舒法律思想初探》，载《江苏行政学院学报》2001年第4期。

[2] 钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2002年版，第104页，这三种制约指的是儒家"天"、"理"观念的精神性约束，君权本身形成的传统，以及以相权为首的官僚制度。

[3] 吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，载梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1998年版，第73页。

中国的政体方可称之为“君主的绝对专制”[1]。

董仲舒诉之于天道而制约君王主权的思想，集中体现在下面这句话中[2]：

屈民而伸君，屈君而伸天，春秋之大义也。

董仲舒称为的这个“天”，在英文中有时译为“Heaven”（主宰之天），有时译为“nature”（自然之天）[3]。前种译法接近于中国远古时代人格化的上帝，后种译法则接近于古典自然法的概念。也有学者认为儒家的“天”，“要比欧洲启蒙学者宣扬的‘自然’更多神性”[4]。而董仲舒称之为“天”的涵义，其实是介于两种译法之间的。董仲舒对于天人合一的强调，消极的一面是为一个平民化皇权官僚体制重塑合法性金身的任务，这方面构成前述对“奉天承运”的解读。君权神授论使皇权官僚体制的统治权变得至高无上，皇帝成为九五之尊，上天之子，和大祭司。从此君为臣纲，春秋时代那种宾主之间亦师亦友的关系就消退了。由于这一新生的皇权官僚政治“没有贵族政治秩序那样外部的一目了然的自然血统条件可以依据”，因此也必须“托之于天，假手于不可见、不可知的冥冥主宰，以杜绝野心者的非法觊觎”[5]。这些是“屈民而伸君”的内容。

另有积极一面，则是希冀实现对于君权的适当限制。汉家

---

① 余英时：《君尊臣卑下的君权与相权》，载《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社1995年版，第119页。

② 《春秋繁露·玉杯》。

③ 冯友兰：《中国哲学简史》，北京大学出版社1996年版，第166页。

④ 王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社1997年版，第70页。

⑤ 王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社1997年版，第70页。

传统向来是霸王道杂之，所谓“内用黄老，外示儒术”。始皇帝用刑太异，崇尚武功。董仲舒则重申孔子的“重德远刑”，并以春秋决狱来匡正律令严峻的弊病。法家有形式主义法治的倾向，主张人主“不淫意于法之外，不为惠于法之内”。但这个形式主义的“法”是没有超验根基的制定法，一来“严而少恩”（语出司马谈“六家要指”），严刑酷法的背后缺乏价值的辩护。二来法出人主而定，合法性来自人主的君权神授。不可能将九五之尊的上天之子钳制在内，无法对汉顺帝所言的“朕能生君、能杀君、能贵君、能贱君、能富君、能贫君”的无上威权构成掣肘。反过来，若是法真对君王构成某种约束了，这一皇权专制主义政体的合法性反而有了漏洞，意味着必须将一种高于皇帝意志的价值奉为法律正当性的圭臬。所以法家之“法”是不能拿来立宪的，它与宪法的概念南辕北辙。拿来规范人主的，只能是形而上的自然法——“天”。让“天”成为皇帝效法的模仿和百姓评介皇帝的标准，使“天道”成为一种无形的“宪法”来让君主委屈。这一方面，构成董仲舒“屈君而伸天”的一种“天道宪政观”。

学者王亚南曾认为，董仲舒开创了儒教的三个内容，即“天道观念，大一统和纲常教义”，构成了对于专制主义的最大维护[1]。但在另一面，董仲舒的上述思想恰恰也构成了对于君权在观念和在事实上的某些约束。可以比较没有这一套“天道观念，大一统和纲常教义”的皇权体制（秦），和有了这一套的皇权体制（秦之后）有什么不同？引学者余英时的话说，“事实上，自秦、汉以后，大一统的皇帝中也并没有出现像传

① 王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社 1997 年版，第 70 页。

说中所渲染的桀、纣一类的暴君了，至少我们可以说昏君远多于暴君”。[①]

“屈君而伸天”的内容体现为五个方面。由此带来那些事实上对君权的少许制衡，尽管微不足道，但由此复兴的先秦天道思想和“道高于君”的意识形态，在观念上对无上君权的打击和削弱，贯穿了整个中国古代。对今日中国的宪政主义观念转型，仍旧是一种极富价值的本土价值背景。

一、天道革命论。

董仲舒提出，“受命于天，天意之所予也，故号为天子者，亦视天如父，事天以孝道也”[②]。如果君王飞扬跋扈，不能够“视天如父，事天以孝道”，譬如秦始皇，董仲舒说“故其德足以安乐民者，天予之，其恶足以贼害民者，天夺之”。这与《尚书》中所谓“抚我则后，虐我则仇”的理论一脉相承，也和孟子“君之视臣如草芥，则臣视君为寇仇”的思想一致，构成了儒家借助“天道”思想的一种积极的革命理论[③]。因为找不到法治化的立宪道路，便借助在观念上对革命的正当化，来强化对权力滥用的武力威胁。

但是天不能言，如何才知谁是下一轮的真命天子呢？《尚书》云：“天视自我民视，天听自我民听”。凡人能得到百姓的

---

① 余英时：《君尊臣卑下的君权与相权》，载《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社 1995 年版。

② 《春秋繁露·深察名号》。

③ 参见刘小枫：《儒家革命精神源流考》，上海三联书店 2000 年版。但因为缺乏制度成就，天道的约束始终缥缈不定，儒家革命理论只能从天上降到人间，“以圣为王”，借助于对人（孔子）的圣化，来落实这种道统。到了宋代，天道的超验正义已经蜕化为造圣运动。参见李冬君：《孔子圣化与儒者革命》，中国人民大学出版社 2004 年 4 月版。

拥戴，便可视为受命于天。这便轻易滑向“成者为王、败者为寇”的理论版，因为“天道”概念缺乏一个权利化的具体结果，使它在中国历史上发挥的对于政治的事后追认的功能，远大于对于政治的价值审视的作用。

二、天人感应论。

根据董仲舒的说法，人的行为根据，一定要在天的行为中去寻找。因为天人之间有着密切的关联，人是天的副本。

人之为人，本于天，天亦人之曾祖父也。

人之形体，化天数而成；人之血气，化天志而成；人之德行，化天理而成；人之好恶，化天之暖清；人之喜怒，化天之寒暑；人之受命，化天之四时。[1]

“天人感应论”一面树立君权神授的渊源，一面假天之威，提出对皇帝言行的要求。既然天人相应，君王便当顺应天命，为臣民的表率。行德政以使百姓归心，使上天降下祥瑞，来为合法性验明正身。皇帝必须时刻注意上天的喜怒哀乐，按上天的意志来行事。董仲舒在《春秋繁露》里诠释天意，对皇帝甚至提出了从礼仪到举止的一整套规范。这些规范一方面彰显受命于天的合法性和皇权的神圣，譬如“徙居处，更称号、改正朔、易服色”等。另一方面，繁文缛节也构成了权力的一种程序性，这是对皇帝一举一动的牵制。中国历朝对于胥吏下乡也多有限制，以防过多扰民。但对皇帝出行就不能由形而下的法律来限制。关于皇帝出行的一切具有祖宗家法性质的宫廷典仪，在事实上成为最大限度减少皇帝扰民的文化力量。如明清故宫天安门外的华表，上面的蹲兽，名“犼”，传说当君王外出不归，这两只犼就劝戒他回宫，因此又名“望君归”。这两

---

① 《春秋繁露·为人者天》。

座华表代表了传统文化力量对于君王言行劝喻式的可怜限制。今天转而成为现代中国的政治图腾。

《春秋繁露·立元神》中，甚至还提出了如此详尽的要求，"故为人君者，谨本详始，敬小慎微，志如死灰，形如委衣，安精养神，寂寞无为"。要皇帝们达到董仲舒的要求，等于叫他们挥刀自宫，恐怕都要逊位做太上皇了。董仲舒对皇权的全方位包装，的确在尊君的同时夹杂了一定程度的"屈君"，且巧妙地做到了寓抑于尊。到了唐朝，宰相裴炎提出政事堂议事规则中关于皇帝的"四不准"[①]：

记曰：政事堂者，君不可枉道于天，反道于地，覆道于社稷，无道于黎元，此堂得以议之。（《全唐文》316卷）

这种底气在秦一代断裂，而从董仲舒那里重新开始。

三、三统循环论

董仲舒将"五德"简化为"三统"，三统循环，但"天不变道亦不变"。这既为后来的朝代更迭留下了余地，也为频繁的天命转移限制了条件。董仲舒的目的，又要"尊君"，又在一定的程度上"虚君"。天命无论怎么循环，皇权专制主义的政治合法性可以一劳永逸，董事长无论是谁，儒生集团都是管理层。这使儒生集团成为帝国的永恒的经理人和天道的解释者，在俸禄制下形成一个如韦伯所说即使"拥有绝对权力的君主也要一筹莫展"的官僚体制。尽管天命循环的历史哲学，与宪政主义的消极的在先约束原则并不相容。但这种历史循环论与近代意识形态政治"人为的和线性的历史目的论"还是有区别的。三统循环是生生不息，没有历史的终点。这对任何一朝

---

① 余英时：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社1995年版，第170页

一姓皇权的绝对性和目的性都加以了限制。所以国学大师钱穆认为，在这样事实上由读书人控制的政府下，虽然有一个皇帝，但按近代的主权理论看，却不能说"唐朝的国家主权在李家，宋朝的国家主权在赵家"[1]。

钱穆这种看法固然有所夸大，但也可以由此看到某种混合主权的雏形。

四、灾异论。

董仲舒最有名的是好谈"灾异"，所谓"天人之征，古今之道"[2]。他喜欢以《春秋》灾异之变来推演阴阳之所以错行。董仲舒解释说，"天地之物，有不常之变者，谓之异，小者谓之灾。……灾者，天之谴也，异者，天之威也。凡灾异之本，尽生于国家之失"[3]。

《春秋》记载了大量的天象变化和自然灾害。如"日蚀、星陨、有蜮、山崩、地震、夏大雨水、冬大雨雪、陨霜不杀草"等。董仲舒将之神秘化，认为可以"以此见悖乱之征"[4]。"灾异论"也是从天人感应和阴阳家理论中推演而出的，这是假天之威对皇权的制衡。人间君王的政治过失必然使天生气、发怒，通过自然界的灾异发出警告，要人主改正错误。臣下亦可借灾异之征，予以规劝。更重要的是灾异将在民间造成恐慌和怀疑，使政权的合法性遭受重大打击[5]。

董仲舒喜谈灾异，也造就了汉朝的一种时尚，至于后来发展为谶纬迷信之滥觞。他本人曾因推演灾异而被交从吏议，分

---

① 钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2001年版，第140页。

② 《天人三策·第一策》。

③ 《春秋繁露·必仁且知》。

④ 《春秋繁露·二端》。

⑤ 参见本书第七章第四节之《"罪己诏"和孔多塞定理》。

当处死，后被赦免。从此终身不敢再谈灾异。但自他之后，“天人感应”观念下的灾异论在民族文化中的影响根深蒂固，对皇权的自足性亦带来了一定的削减。有多次的朝代更迭更是利用了这一传统，如王莽、刘秀和公孙述先后曾利用谶纬之说。谶纬虽在隋炀帝时全部禁绝焚毁[1]，但其政治哲学的影响却一直留存，直至现代。

五、三纲五常论。

孔孟认为社会有五伦，所谓君臣、父子、夫妇、兄弟和朋友。董仲舒择其要者定为“三纲”。君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲。君（政）权、父（族）权、夫权，加上神权，就是毛泽东认定的“束缚中国人民特别是农民的四根极大的绳索”[2]。再将儒家张扬的五种德性（仁、义、礼、智、信）合为“五常”，常者，不变也。

这个“三纲五常”历来也被视为皇权专制主义的根基。但细看，它也一样有虚君立宪的某种价值。虽说君为臣纲，却是天道中的一维。董仲舒开出的这个“三个中心五个基本点”，显然不是一个君权绝对和至高的模型。对比老子的话：

故道大，天大，地大，王亦大。域中有四大，而王居其一焉。（《老子》第二十五章）

在老子这里，君权只有四分之一的分量。而在“三纲”中，君权也只占三分之一。尤其是“父为子纲”引出一个“孝”字。所谓家国并举，忠孝相通。国是家的扩大，忠亦是孝的延伸。在逻辑上，“孝”倒是“忠”的前提，类似自由传统中个人权利是国家权力的前提。何况皇帝亦是“天”的儿

① 翦伯赞：《秦汉史》，北京大学出版社1999年版，第543页。

② 《毛泽东选集》（第1卷），人民出版社1978年版，第33页。

子，首先也要“事天以孝道”。这样，就在意识形态上造就二元主义的局面。以孝对抗忠，在历史上也成为了对皇权产生制衡的一个有力途径。如儒家官僚们每逢大孝，按孔子定规丁忧三年的制度，反映出私人义务对于国家义务的一种侵占和在先。再如“亲亲相隐”原则，也意味着族权（父权）对于政权（皇权）的占先。他极力主张“春秋决狱”，在一个养父藏匿杀了人的养子的案件中，他以“春秋之义，父为子隐”为由，断其不当坐。孔子在听叶公说“其父攘羊，其子证之”的故事时，曾明确反对，认为“父为子隐，子为父隐，直在其中矣”[1]。以今日标准看，全世界所有宪政民主国家的法律，几乎无一例外都会支持这个判决。在古希腊，苏格拉底也曾在一个类似故事中，反对儿子出庭证明父亲有罪[2]。董仲舒的这一做法受到重视，汉宣帝四年下诏正式确定了“亲亲相隐”的司法原则。历史上亲隐的范围不但没有随着皇权扩张而退缩，反而扩大，到唐代相隐的范围又扩至“同居相为隐”[3]。直到1928年的《中华民国刑法》，仍然承袭这一传统，甚至还将豁免权从古时候的一般犯罪扩大到叛国等国事罪上。只是在1949年之后，这一与西方法治传统、自然法精神以及普通法道路相近似的儒道宪政主义的制度遗产，反被彻底摧毁，荡然无存[4]。

有学者研究清朝190个典型案例，指出判决中对于“孝道”的维护和国家对宗法家族力量的妥协出乎意外的多。“法

---

① 《论语·子路》。

② 见苏格拉底与柏拉图的对话《游叙弗伦篇》。

③ 张晋藩：《中国法制史》，法律出版社1993年版，第201页，第309页。

④ 可参考郭齐勇主编：《儒家伦理争鸣集——以“亲亲相隐”为中心》，湖北教育出版社2004年11月版。

律允许犯罪人在特定情况下存留养亲"，这样的情形在全部案例中出现了7次[1]。

从"孝"字再引出宗法家族的势力范围。在二元主义的意识形态下，官僚集团失去了封建制下的经济实力和地方自治。但在民间社会，却凭藉宗法家族的实力仍然形成了与政治国家的某种对峙。在现代社会属于公共权力范围的事务，有相当部分留在了家族内部，没有让渡给君权。从这个角度说皇权亦不是整全性的。皇权即使在最强大的明清两朝，也不得不对宗法家族势力范围的合法性予以承认。历史上皇权从未实现过对家族内部犯罪的完整的刑事管辖权。直到清末，家族内的司法权一直在司法实践中得到政府宽容。韦伯曾经提到一个1882年的案例，一个喝醉酒的儿子动手打斥他的母亲。这个母亲便雇了几个人将儿子捆绑起来，不顾众人的苦苦哀求，将之活埋。此案报官后，参与的众人因行为欠妥受到惩罚，这位母亲却没有受到任何来自国家的处分。韦伯据此认为，"孝"在特殊情形下在先于一切，甚至包括在先于对君王的服从[2]。

政治国家虽然不断政权下移，始终也没有有效到达县城以下。有些经济学家甚至认为，中国古代就是一个经济自由主义的国度[3]。不过宗法家族针对皇权是一种私法自治，父为子纲构成了对君权范围的一种限定，但针对个人仍然是一种集体权力，并未改变"个人永不被发现"（梁漱溟《中国文化要义》）这一中国专制文化的实质。宋朝的王安石变法，主要方向即是

---

① 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，江苏人民出版社1995年版，第182页。

② 韦伯：《儒教与道教》，江苏人民出版社1995年版，第183页。

③ 盛洪，1999年。

扩张皇权，尤其是加强行政权力对民间经济的干预力度。他的做法背离汉之后的自由传统，是向秦政的回归。这一回归的失败可以说从董仲舒开始就已注定了。可窥见，某种国家权力毫无限制地和彻底地取代民间领域的国家主义和极权主义，并非来自中国皇权专制主义的传统，而是现代意识形态的产物。所谓“百代皆行秦政制”[1] 之说并不准确，只是在现代意识形态之下，中国的政治模式才彻底脱离汉之后的传统，成功地回归“秦政”。

至于“五常”。康德有云：“有两样东西，我们越是思考，越是对此充满敬仰。那就是我们头上的星空和我们内心的道德律”。董仲舒的“五常”，就是在天道的超验正义下，对儒家道德教条的形而上化和宗教化。“仁、义、礼、智、信”在孔孟那里，只是世俗的道德，而与头上的星空无涉。在董仲舒手中复借助“天道”思想获得了本源，成为体现“天意”、“天志”的自然法。“五常”，在后世儒家的价值排序中也是“道高于君”的。虽然君为臣纲，君叫臣死，臣不得不死，但人主的发号施令，一样受到“五常”的约束。否则其统治的合法性便要受到怀疑和削弱。儒家没有能力在制度上制约皇帝，但天道传统存在于制度之外，放大了君主因不被约束的权力而承担的政治风险；换个角度看，又没有收银机，又要严惩贪污犯，对君上而言也并不公平。

董仲舒将三纲并列，将“仁义礼智信”抬举为亘古不变的“道”。意在“屈君而伸天”，并将抽象的“天道”阐释为具体

---

[1] 语出毛泽东《读封建论·赠郭老》一诗。诗云：劝君少骂秦始皇，焚坑事件要商量，祖龙魂死业犹在，孔学名高实秕糠。百代多行秦政制，十批不是好文章。熟读唐人封建论，莫从子厚返文王。

的儒家教义。一方面将儒家意识形态化、成为与天地同存的国教，一方面也为皇权划出了若干体制和逻辑上的禁区。甚至在意识形态的意义上，形成了一种政权（皇权）、族权（地方自治权）和夫权（私法空间）的抽象的“三权分离”。

从汉朝到清末的基本趋势，固然是皇权对另外两种权力的侵蚀。但这一侵蚀也因天道传统的存在，基本上保持了较为缓慢和温和的势头。古代的“君为臣纲”，并未像现代的历史目的论的意识形态或绝对的民主主义那样，迅速成为压倒一切价值的“绝对真理”。董仲舒借助“天道”的超验正义观提出的“三纲五常”，和其它“屈君”方案一样，一靠假天道之威，二靠儒生官僚集团的内部人控制。在历史上的确有效堵住了皇权专制主义在废封建、兴郡县之后的无限扩张和过度残暴。从这个角度看，董仲舒的“屈君伸天”也是一种“天道立宪”的尝试。这个“宪”，就是作为自然法则的“天”，具体就是以《春秋》为代表的儒家教义[1]。但迷恋于阴阳五行、灾异推演这些形而下的怪力乱神，不可能真正推进政教分离和对于皇权更有效的制度化的制衡。失去私有财产权和封邑的帝国官僚们，依靠飘摇不定的“天道”观念，也不可能对专制主义有实质上的矫正。对君权的制约效果，历史上也常因人事而异。

如果说董仲舒的《春秋繁露》等于中国儒家的《自由大宪章》，是太过夸张了。但所谓皇权专制主义政体能在中国赓续两千年之久，没有事实上对于皇权扩张的种种约束，也不可想像。汉学家列文森在对儒教中国的研究中，指出儒教与君主制

① 在民间社会的文化心理中，道家更为消极和个人主义取向的“天道”思想，所起到的消解和抗衡皇权至上的作用更加不可小觑。这里不准备展开讨论道家的天道思想

之间“存在着基本的对立”。儒教及其官僚集团在支持帝国和皇权的同时，又常表现出极大的离心力，皇权也因其离心倾向而常排斥儒家官僚集团的力量。他认为正是这种儒家与君主制之间“既彼此吸引，又相互排斥的张力”，使中国的君主制保持了长盛不衰。也是这种张力的最终丧失，而不是简单的暴力革命，构成了君主制度瓦解的根本因素[1]。而董仲舒所开创的“天道观念，大一统和纲常教义”，为这样的张力提供了重要的思想资源。他所塑立的不仅是大一统的专制主义和皇权，而是一种既要“屈民而伸君”，又要“屈君而伸天”的意识形态张力。这种张力虽一去不返，但从他而始的努力留给今天的残值，就是将“天道”观念深刻地留在了中国社会群体的政治文化心理上。

---

[1] 列文森：《儒教中国及其现代命运》，郑大华、任菁译，中国社会科学出版社2000年版，第167页。

第六章

宪政与分权

因为耶和华是审判我们的，耶和华是给我们律法的，耶和华是我们的王。

——《新约·以赛亚书》

负且乘，致寇至。

——《易经》

1. 分职与分权

有论者认为三权分立的思想最早可在圣经中找到来源。“因为耶和华是审判我们的，耶和华是给我们律法的，耶和华是我们的王”这句话区别了上帝行掌司法权、立法权和行政权的三重身份。如果一个世俗的君主同时握有这三种权力，无疑是对神的全能的僭越。

这说法过于穿凿，但可以看出，圣经时代的人们在观念中

对不同职权已有了区分。在古希腊，亚里士多德或许是第一个在抽象意义上思考政治权力职能差异的思想家。他将政治科学分为立法科学和政治学，后者又分为深思科学和司法科学。同时他认为一个良好的政制都应具有三种要素：深思性要素、管理性要素和司法性要素[①]。这和现代立法权、行政权和司法权在观念上的一种应合就比较明显了。人们常谈及亚里士多德在《雅典政制》中的一个观点，他认为"由501人的议事会来决定处决未经法院审判的公民是很不恰当的"——苏格拉底就死于501个雅典公民之手。这似乎表明亚里士多德支持由雅典公民掌握的立法权，应当与司法权分开。已显露出一种类似现代宪政主义以司法权去限制民主原则的观念。

但雅典的直接民主模式是和分权学说相冲突的，分权首先意味着主权应该被限制，这与古典共和主义传统扞格不通。以亚里士多德为代表的混合政体思想，如前述体现的只是社会各阶级之间的权力分享与均衡，未涉及到对权力本身的分割。尤其没有涉及到将不同权力交给不同机构和人员去独立行使这样一种模式。在亚里士多德看来，"战争、司法和深思"只是对职能的一种逻辑区分，至于是否把这些职能交给不同的或单一的群体，并不重要[②]。因为同一群公民可能一会儿在军中服役，一会儿在农田耕作，一会儿又在议事会和法院里活动。亚氏关于议事会的看法只是在强调"不在其位，不谋其职"。对应于分权理论，可以称之为"分职"。

中国古代也有这种"分职"的理论。《管子》中说：

生法者君也，守法者臣也。

---

① 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第21页。

② 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第21页。

论材量能谋德而举之，上之道也。专意一心守职而不劳，下之事也。

上之人明其道，下之人守其职，上下之分不同任而合为一体。

韩非子曾举了一个例子，特别说明"分职"的重要[1]。韩国的国君一朝喝醉了酒，掌管君王帽子的侍从（典冠）害怕君主受凉，替他把衣服盖上。国君醒来后原本挺高兴，问明情形后却生气了。于是同时惩罚了掌管帽子的侍从和掌管衣服的侍从（典衣）[2]。因为该做这件事的人没有做事，不该做这件事的人却越俎代庖了。韩非子说，国君不是不怕受凉，而是认为超越职权范围的危害比自己受凉的危害更大（非不恶寒也，以为侵官之害甚于寒）。

分职与分权不同。分职不是出于限制权力的目的，它的本质是分工协作，目的为追求效率。分职也不出于防止职权者滥用权力的目的，划分职权的初衷是为了划分一种秩序和培养不同职位上的服从习惯。如果说分职也具有某种制衡的功能，这种制衡与分权学说刚好相反，不是下对上的一种制衡，而是在上者对下属"分而治之"的一种平衡术。所以专制主义政体下的分职，往往热衷于行政权内部的条块划分。一种分工协调的分职观，在中国自古皆然，从清末宪政运动到今天，仍然是很多人理解西方三权分立学说的一个出发点。如康有为这样论述"泰西论政，有三权鼎立之义"[3]：

---

① 对法家"分职"理论的评述，可参考王人博：《宪政的中国之道》，山东人民出版社2003年版，第196页。

② 《韩非子·二柄》。

③ 康有为：《变法先后有序，乞速奋乾断以救艰危折》，转引自孔祥吉：《康有为变法奏议研究》，辽宁教育出版社1988年版，第294页。

> 夫国之政体，犹人之身体也。议政者譬如若心思，行政者譬为手足，司法者譬如耳目，各守其官，而后体立事成。

分职观在董仲舒那里，演变成“君臣离合”论。用董仲舒的话说，君上取法于“天”，人臣取法于“地”。取法于天者，要“高其位”而“藏其形”，意思是深藏不露、光说不练。取法于地者，则要“暴其形、出其情以示人”，意思是站在前台、总理大事。君臣各守其道，谓之“离”，君臣相互配合，谓之“合”[①]。他运用这一理论来解释《易》中的“负且乘，致寇至”一句。董仲舒说：“乘车者，君子之位也。负担者，小人之事也。此言居君子之位而为庶人之行者，其患祸必至也。”（《天人三策》）实际上这是一种类似于现代公司的两权分离说，即所有权与经营权的分离。意思是如果董事长又兼CEO，两权不分，离合不当，便要遭受失败。

董仲舒的模式是“专家治国”，让儒生成为帝国的职业管理层，甚至在一定程度上使管理层控制皇权，而不让皇权来凌驾管理层。从法家的“分职”观到董仲舒的“君臣离合”论，在理论上对中国专制主义政体中的相权传统影响颇大。从分职而非分权的角度看，中国史上未有过议会权力的传统，但君权与相权的对峙则是政治权力中重要的一种分野。直至明太祖废相之前，在大一统的皇权专制之下，相权在多数时候的确对皇权起到了某种“高其位而藏其形”的虚君作用。至于权臣把持朝政、蒙蔽圣听、羽翼丰满，但并不企图取而代之。这种周期性的“虚君”政治也成为中国专制主义政体的一大特色，平均几十年便有一次。

① 《春秋繁露·离合根》。关于董仲舒的“君臣离合论”的讨论，引自笔者《董仲舒的“虚君立宪”制》一文。

在唐朝，中书省和门下省组成的“政事堂”一度成为事实上的最高国务机构。中书负责拟旨，由皇帝拍板，再交门下省审议，同意则“副署”，反对则“涂归”。虽然无成文之法，但皇帝的“圣旨”须要由宰相签字才合法，却成为一条不成文的“自由大宪章”。直到相权开始低落的宋朝，太祖欲派赵普为相，当时宰相空缺找不到人“副署”，朝臣依据以往先例提出各种权宜之计，最后决定由开封府尹赵匡义副署[1]。到了南宋快亡国时，宁宗皇帝开始不顾体统，随时颁布手令，称为御札，这时仍然引起群臣激愤，说“事不出中书，是为乱政”[2]。即使明朝废相之后，权分六部，皇帝的秘书处（内阁）却迅速升腾。宣宗之后，时人便说阁臣无宰相之名而有宰相之实[3]。清雍正又绕开内阁，设军机处，军机大臣也就逐步成为事实上的相。

纵观整部中国史，在现代意识形态政治崛起之前，君权无论如何打压相权，都“始终不能完全禁绝相权的潜滋暗长”[4]。君臣离合的传统，虽不可能造就皇室与政府之间像英国立宪主义那样在制度上的明确分离，但却的确在中国史上造就了一种类似于现代股份公司的严重的“内部人控制”局面。假如将汉以后的历朝皇帝（除去开国之君）组成一个“董事长队”，将历代宰相、权臣组成一个“CEO队”，论实力、人气、业绩，论政治权谋和历史地位，论财富，论妻妾，恐怕除了最后一

① 钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2001年版，第80页。

② 钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2001年版，第80页。

③ 余英时：《君尊臣卑下的君权与相权》，载《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社1995年版，第111页。

④ 余英时：《君尊臣卑下的君权与相权》，载《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社1995年版，第111页。

项，其它指标“董事长队”都要稍逊风骚，甘拜下风。学者吴思得出一个结论，说“皇上百分之八十都是冤大头”[①]，这还只是针对专制倾向最严重的明朝而言。

2. “私臣”与“公仆”

秦汉之际，废封建而置郡县，所谓“化家为国”。原有的旧贵族纷纷仆倒，唯有一家成为九五之尊。封建制下，封建主依靠家臣进行管理，是为“私臣”。化为政治国家之后，官僚体系慢慢形成。朝廷所设之官职，是为公职，虽然名义上皇帝对人事任免有最终的决定权，任命亦以皇帝本人的名义发出，却不能再简单的视其为一种以皇帝本人为雇主的雇佣关系了。虽然在皇权专制主义之下，有着君叫臣死，臣不得不死的威权，但依据儒家“以道事君”的传统，官员也并不简单地被视为仅对皇帝一人负责。

余英时认为，“由私臣转化为公职是历史上官僚制度发展的形态之一，中国自战国以来即有此转化，自秦汉大一统而益为显着”。钱穆从汉以来的官职称谓上曾分析了这种转化的痕迹。最明显的是宰相制度。按余英时的说法，宰相制度的演进分为三个阶段，即秦汉的三公九卿制，唐宋的三省六部制，和明清废相之后的内阁制。单就“宰相”一词看，所谓“宰”，本是封建时代负责贵族家庭祭祀的家臣，祭祀一事至关重要，当时天子诸侯乃至一切贵族公卿家里的管家，都叫做“宰”。而“相”者，与“丞”一样，副贰之义也。所谓“丞相”，字

---

① 吴思：《潜规则》，中国社会科学出版社2001年版，前言。

面上理解就是副官，如结婚时的伴郎伴娘，便俗称“傧相”。封建时代封君们的管家，习惯上在内称“宰”，出外称“相”。

三公中的“御史中丞”一职，“中”指皇宫当中，中丞就是大内的管家，字面上看也是一个“私臣”，却由此发展出中国历史上有名的监察台谏制度。再有“尚书”一词也如此。汉代时皇帝有六个“私臣”，称为“六尚”，分别是尚衣、尚食、尚冠、尚浴、尚席和尚书。尚书等于一个大内的秘书，后来却出宫去发展为国家的政府骨架。

英国立宪主义的官僚制度也是循着这个途径来的，使政府逐步脱离于王室。这个过程比中国更为晚近，却来得更明确[1]。Chancellor本来也是一个私臣，是为英王起草文书和保管王印的人，类似中国的尚书或中书。13世纪后慢慢转化为政府的公职，成为大臣之首，即首相。办公既然繁忙，便搬出宫去，从宫廷中分化出来（中国直到清朝，中央政府的办公地点仍在紫禁城内）。到了爱德华三世（1327～1377），首相府正式成为独立的政府机构，英王绝不能再视他为私臣了。英国的政府从王室中一旦独立出来，从此不再受到王权的横加干扰。背后原因也简单，就是有封建贵族撑腰。贵族与王权之间的长期对抗和妥协，使一个独立的政府成为可能。

若没有独立的财产权，就没有终于独立于君主个人的政府，没有真正彻底地从“私臣”到“公仆”的转化。废封建、置郡县之后的官僚制度，害处并不是消灭了贵族，而是消灭了一种可以对皇权构成压力的传统。它与公有制体系一样，取消了在“皇帝”或“国家”之外的独立的财产权。这是釜底抽薪，其它方面的独立都成为无源之水。在一个金字塔结构当中

① 钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2001年版。

打击了中层，就等于打击了整个下层，使一个社会渐进的民主化失去可能。

相比之下，中国史上从“私臣”到“公仆”的转化令人沮丧。但即使在一种专制主义的政治传统中，借助儒家的伦理力量，和一个庞大的、足以“令一个拥有绝对权力的君主也要一筹莫展的”（韦伯）官僚集团。历史上的政府和皇室，依然在事实上实现了适当的分离。列文森曾引用尼采的话说，“几乎所有的政党都懂得，为了自我生存，就不应使反对党失去所有的力量”，这句话并非一种规劝，而是对事实的描述。反过来理解，一个体制如果长期较稳定地续存，这一体制中就必然存在反对的力量。按钱穆的观点，从汉代到唐代，中国政体中的皇权事实上都受到政府非常有效地钳制。政府职位从“私臣”到“公仆”的缓慢转化，也体现出针对皇权的某种离心力。

举财政的例子，可以看到从“私臣”到“公仆”的转化，明清以后不断在倒退。上述英国“私臣化为公职”的过程中，最早从王室中独立出来的官职是“财政大臣”（chamberlain）。这个职位本来也是英王的私人账房先生，他的独立显示出王室财政和国家财政的分家。分家首先是分钱，钱不分开，倡导什么和什么分开，那是糊弄人。一个在钱财上将君主和国家分得清楚的体制，是一个私有制的君主制，一个对此分不清楚的体制则是一个“公有制”的君主制。

中国古代的政体中原是有此分别的。汉代的皇室财政和国家财政就已分开，一个政府的财政部长，叫大司农。一个皇帝私人的财政部长，叫少府。从此直到清朝，这一财政上的分殊都泾渭分明。皇帝擅权动用政府财政做私事，或拿内府的钱补贴国家财政，都时常发生。因为君尊臣卑之下，两府的分别只是习惯法和情势权衡上的制约，并无法理与逻辑上的禁区。但

名分终归是一定的。类似企业的产权改革，一种理论称之为“掺沙子”，即通过公司的法人化，将股东个人的钱财与法人的钱财分开。模仿尼采的名言说，“几乎所有的老板都懂得，为了自我生存，就不应使小股东失去所有的力量”。一种政体无论称为君主制也好，共和制也罢，若是国家财政不能与执掌权力的人或集团的财政有所区分，下面的官员职位，无论是经国家选拔，抑或私相授受，都不能在法理上明确称之为国家公职。自孙文提出“一个国家、一个政党、一个主义”的现代训政模式后，余英时在中国史上所观察的这一“由私臣化为公职”的进程，便在很大程度上被打断了。

3. 三权分立

3.1 混合政体

古希腊的混合政体思想，是分权学说形成的一个重要渊源。混合均衡政体是对君主制、贵族制和民主制的混合，其背后是阶级划分的基础。这看上去与三权分立理论大相径庭，但在分权学说发展的过渡阶段，有一种观点很直接地指出了政体混合与三权分立之间的微妙联系①：

君主制←→行政权

贵族制←→司法权

民主制←→立法权

在这一模型下，将更易理解在政治学的系谱上，宪政主义

---

① 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第31页。

是对民主与共和两大传统的均衡。同时也有助于我们从宪政的历史之维来理解分权学说。分权是宪政主义在制度上最重要的技术之一。三权分立意味着宪政的整体框架不完全是契约论的。在宪政的框架下（也就是分权的框架下），民主制的主要价值是确立了立法权的来源与归属。议会的发展将立法权从古老的属于君王的行政权中剥离出来，并以契约论赋予法律一个形式正当性的解释。这是从英国《大宪章》开始的一个进程。但这不意味着“人民”在政制中的至高无上。在立法权之外，一个精英化的和块然独立的司法体系的存在，不仅在性质不同的权力之间实现了分立制衡；且表示了另一种不同于“人民主权”的政治合法性源泉，即一种蕴含了更高的、超验的、在先的价值约束，以及这种约束“道成肉身”的一种法治主义传统。司法权独立于立法权，维持了一种珍惜自由传统的保守立场，这正是古典共和主义留下的遗产。

借助分权理论，宪政制度期望实现的均衡，不仅是不同公共职权之间的均衡，也是民主主义、共和主义、自由主义和法治主义这几大政治传统及其诉求之间的均衡。三权分立提供了一个制度框架，使人类政治史上的这四大传统能够汇聚成现代的自由宪政主义。作为一种制度结果，宪政并不是由一个防止滥用权力的“有限政府”的单一目标所推动的，而是在人类政治史上不同侧重点的价值追求之间寻求平衡与混合的产物。

前述亚里士多德曾区分政制的三种要素（深思性要素、管理性要素和司法性要素）。这种逻辑的划分要落实为一种政体模型，需要的不是某种理论上的天才，而是多元的现实力量、利益群体之间的反复角逐。宪政主义虽然重视观念对制度的根本性推动。但宪政主义更多地将法律制度视为一种自发演进的产物，如哈耶克所指出的，法律在本质上是一种消极的和否定

性的约束，在西方法律乃至立宪主义的传统中，法律的主要渊源来自社会，来自群体和私人之间在相互交往中形成的那些关系模式，而不是主要来自一个高屋建瓴的立法者。尽管立法者的作用在某种制度结果最终确立的时刻一般都会被放大，会被历史的镁光灯过分瞩目。但事实上，那种“把法律视为主权者的意志和国家的专有产物的学说”是一种忽视历史自生经验的、带有唯理主义倾向的理论，而且也仅仅是到19世纪才开始大行其道的[①]。伯尔曼认为，国家法的主要功能，就是执行习惯法的权利和责任[②]，这与哈耶克关于“宪法的职责是实施私法”的看法异曲同工。

历史上，分权学说真正诞生于英国内战和克伦威尔执政的共和时期。国王与议会之间反复地战斗、争执和拉锯，这种现实力量势均力敌的较量，是促使古老的混合政体思想向着宪政分权学说大步迈进的关键性因素。这一时期，“分权学说的一个根本要素，即把政府职能抽象分类成两个或三个范畴，已经发展到了一定的高度”。如在1657年和1660年，乔治·劳森发表两部重要的政治著作，正式提出了政府职能的三重划分：

国家有三种权力，或者说有三层权力。第一是立法，第二是司法，第三是执行。

不过这时，执行权与司法权之间的关系仍然非常含混。更重要的是，每种权力必须由不同的人或机构来掌握，这种观点还没能出现在劳森或其他人的笔下。随后在1688年，国王与

① 伯尔曼：《法律与宗教》，“增订版译者前言”，梁治平译，中国政法大学出版社2003年8月版。

② 伯尔曼：《法律与宗教》，“增订版译者前言”，梁治平译，中国政法大学出版社2003年8月版，“附录二”

议会的争执有了一个结果。议会至上或立法权高于君权的原则，开始成为英国宪政中一个确定不易的事实。一个形象的例子是在被称为“光荣革命”的政变中，是由议会出面邀请和安排威廉和玛丽来英国登基的。第二年，威廉国王签订了《权利法案》，确定了议会君主制的混合主权原则。一年后，洛克发表他的《政府论》下篇，对光荣革命所确立的宪政结果给予了最杰出和最热情的辩护。洛克雄辩地以契约论为依据论证了立法权的至高无上；国王不能立法，只能监督法律的执行。同时他认为，由于立法者可能不遵守自己制定的法律，因此“在所有的有限君主政体和结构优良的政府中，立法和执行都必须截然分开”[1]。

至此，分权理论开始成形。

3.2 洛克

洛克将政府职权也分成三种，立法权、执行权和对外权。但和劳森一样，他的执行权概念也是与司法权高度重合的。因为行政管理权力的全面膨胀是20世纪现代国家才出现的症候。在此之前，“执行权”主要指的就是司法权，而不是今天行政意义上的执法权。洛克是孟德斯鸠之前分权学说中最重要的人物，尤其是在立法权与执行权的分立上，他奠定了坚实的地基，成为孟德斯鸠提出三权分立理论一个主要的思想源泉。也是美国宪政中总统与国会关系的一个理论基础。孟德斯鸠在《论法的精神》中对“英格兰宪制”的归纳，基本上是对洛克的照搬。

在洛克的自然法理论中，“裁判”是一个核心概念。他将

---

[1] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳等译，商务印书馆1964年版，第89页。

自然状态，看作一个“每个人是他自己的裁判者”的状态。因此国家的建立，本质上是创设一个“人世间的裁判者”。这个裁判者就是“立法机构及它所委任的裁判官”[1]。在讨论自然状态的缺乏时，洛克也谈到了“已制定的、为人所知的法律”、“为人所知并且公正无私的裁判者”和“正当的执行刑罚的权力”这三部分结构[2]，但他所谓的“裁判”主要是一个哲学概念，同时洛克基于英国议会传统，坚持立法权是一种“最高的权力”，“其它一切权力都是而且必须是其从属”，因此在他明确区分政府权力时，并未将司法权视为一项独立的政府职能。

这与后来孟德斯鸠将执掌三种权力的不同机构置于平行的相互制衡地位也不相符合。分权是宪政主义实现“有限政府”目标最重要的技术，麦迪逊在《联邦党人文集》中说，所谓“有限政府就是指立法权受到限制的政府”。因此洛克的主张似乎不能算是一种分权学说。但现代宪政主义最主要的两种政体——议会内阁制和总统制，显然分别对应着洛克和孟德斯鸠的学说。英国的议会制不是典型的三权分立模式，但它同样建立在某种分权学说之上。尽管三权之间完全平行的相互制衡在形式上更符合宪政主义的理论预期，但它们在政体模式上的结构差异，不能简单地给出仅仅基于理论模型的高下之判。

更需指出一点，洛克主张的立法权至上是在政制结构的意义上说的，他的立法权概念在政治哲学上并非至高无上。立法权的范围要受到“生命、自由和财产”等“人民的永久性权力”的在先约束，因此仍然是有限的。同时英国议会主权的概

① 洛克：《政府论》（下篇），第89节，叶启芳等译，商务印书馆1964年版。

② 洛克：《政府论》（下篇），第124-126节，叶启芳等译，商务印书馆1964年版。

念也包涵了君权在内。这与整体上的唯意志论下的人民主权框架有本质的不同。如前述，洛克的自然权利论是宪政在先约束原则的重要基础。尽管孟德斯鸠也谈论自然法和自由，但他对自然法的理解显然比较肤浅。

洛克与孟德斯鸠是古典立宪主义时期极具丰富性的双子星座。在欧陆，孟德斯鸠是最接近英国保守气质的宪政主义者。在英国，洛克却是具有大陆革命气质的宪政主义者。相对于洛克，孟德斯鸠有较明显的大陆式的共和主义情结。他的自由概念也因为缺乏一个权利化的先于国家的清单，而在个人与与群体之间显得颇为飘摇。如他论述"公民的自由"时，说在一个法治良好的国家，"就是一个被控告并将在明天绞决的人，也比一个土耳其的高官还要自由些"。[1] 这里暗伏着一种共和主义的而非自由主义的价值预设，明显更接近于他的同胞卢梭和隔壁的康德，而不是接近于隔海的英国自由传统。洛克思想中的革命性也是显而易见的[2]。尽管洛克与卢梭代表着两条不同的道路，但在三个方面，当洛克置身于休谟、柯克和柏克等人所代表的英国经验主义和保守主义的宪政传统时，他看起来仍然是最像卢梭的那个人。

第一，从他开始的自由主义政治哲学，否定了源自基督教的政治神学，不再认为统治权力的根源来自上帝对亚当的授权，而认为国家建构在一系列基于理性的准则和契约之上。这与英国的政治保守主义传统划清了界限。第二，洛克承认自然

---

① 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版，第188页。

② 小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，秋风译，北京大学出版社2005年5月版，参见第八章"约翰·洛克的革命性的宪政主义"。

权利是对国家的在先约束，将正当性建立在政府之外。但他的自然权利是一个先验色彩浓厚的概念，洛克拒绝古代，他的财产权理论从天上来，往前面去，和扎根在英国普通法历史中的财产权概念几乎没有关系。因此他略去柯克不谈，也与普通法的尊重既有秩序和合理预期的法治保守主义传统显出了差别。尽管洛克并未直接抨击普通法和先例制度，但，一项"自无法追溯的时代以来"就存在的习惯，就是一项牢不可破的权利。一种在漫长的时间中"人没有出现与之相反的记忆"的惯例，就是这世上最肯定、最值得发现和捍卫的法律。这样的让休谟和柯克等人赞美不已的普通法观念，与洛克的非历史的自然权利论之间显然有着不可弥合的冲突。第三，因为轻视财产权的经验主义事实，洛克将投资于物上的劳动视为财产权的最初来源。尽管他的劳动也以占有为前提，但这对以占有为核心的普通法的财产权理论来说[1]，已构成一项革命性的修正。

无论洛克的分权理论、财产权理论或契约论，都如英国宪制本身一样，充满了混合的复杂性。因此造成了对他截然不同的理解[2]。在宪政自由主义者的理解里，洛克才应当之无愧地被称为"美国宪法之父"[3]，他的适当偏离英国传统的"革命性的宪政主义"，仿佛是为美国立宪量身订做的一件器皿。但

---

① 参见F·H·劳森：《财产权》（第二版），中国大百科全书出版社1998年4月版，第39页。

② 参见詹姆斯·塔利：《语境中的洛克》，梅雪芹等译，华东师范大学出版社2005年12月版，第85页。作者梳理了思想史上对洛克的四种解释进路。除社会主义和自由主义外，另外两种最近的主流介于两者之间，一种以列维·施特劳斯的《自然权利与与历史》一书为代表，认为洛克是非自由主义的个人主义者，一种认为洛克听任政府按照它们认为适当的方式来界定财产。

③ 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第61页。

英国的左翼学者比尔在《英国社会主义史》中却认为洛克是“英国现代社会主义之父”。因为国家是建构的和契约论的，一种被抽去了经验主义历史维度的国家的先验之维，以及劳动在财产权中的价值，这些都足以激发一切社会革命者的想像力。如列维·施特劳斯认为的那样，洛克与霍布斯的自然权利论在本质上是一致的，唯一区别在于洛克是一个英国式的“极其审慎的人”，而霍布斯则是一位“不够审慎的、破坏偶像的极端分子”[①]。如果一个不够审慎的、非盎格鲁－撒克逊人读洛克，完全有机会读成一个卢梭或霍布斯。也许洛克正是因为这个原因，至死都一直拒绝公开承认他是《政府论》的作者。

3.3 孟德斯鸠

在英国的宪政模式中，有三个同等重要的因素，立法权至上、混合主权和体现在先约束的法治传统。分权只是宪政模式中的多种因素之一。这是英国独特的自生性立宪秩序的特征，也许在理论上不够纯粹和完整，却因为扎根于经验传统而更加稳固有效。只不过这种经验传统几乎是别国无法移植的。因此立宪主义的发展需要一种在理论上更为纯粹的分权学说，成为一种英国以外的立宪政府可以参照的具有普适性的政制标准和宪政技术。

半个多世纪后，孟德斯鸠男爵在《论法的精神》中提出了这样一种更为纯粹和完整的三权分立学说，成为分权制衡理论的集大成者。他对分权学说在三个方面做出了伟大的和几乎尘埃落定的发展。

---

① 小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，秋风译，北京大学出版社2005年5月版，第218页。

第一，基于对英国宪政经验的不太准确的总结——或许正因为这种不太准确，使这位法国贵族的归纳能够部分脱离英国的特殊经验而使其结论更加概念化。孟德斯鸠从原先那些含混的执行权、对外权等对权力的划分中，提炼出了更精纯的关于政府三种职能的概念，从此成为分权学说不可动摇的基石。

> 每一个国家都存在三种权力，即：立法权，执行国际公法范围内事务的权力，和执行国内法范围内事务的权力。国王或执行官通过第一种权力制定临时的或永久的法律，并修改或废除以前制定的法律。通过第二种权力决定媾和或宣战，派遣或接受使节，维护秩序、防御侵略。通过第三种权力惩罚犯罪和裁决私人争端。最后的一种权力称为司法权，而第二种权力即众所周知的行政权。
>
> ——孟德斯鸠《论法的精神》第十一章第六节“英格兰政制”

第二，由于坚信“每一个拥有权力的人都容易滥用权力”，孟德斯鸠强烈地主张每一种权力必须由不同的机构和人员来掌握。这是分权理论长期以来翘首企盼的最后一个要素，是在他之前包括洛克都尚未清晰的一个支点。洛克对人员的分立似乎也不太感兴趣。后来英国内阁制的运作使人们开始关注政府在人事上对议会的控制，在洛克去世前三年（1701年），英国颁布了古典宪政制度中最后一部重要的宪法性法律《王位继承法》，其中规定将有官职的人完全排除在立法机构之外[1]，这样开始将行政权与立法权在人事上彻底分开。后来英国又改变了这种做法，内阁成员改由议员兼任，以便加强沟通，减少议会和政府之间的对立。孟德斯鸠的三权分立思想，使这种人事上的分离成为了立宪政府的一个普适性原则。

---

[1] 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第74页。

> 当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机构之手时，自由就不复存在了。因为人们将要害怕这个君主或议会为施行暴政制定出专制的法律。如果司法权不与立法权和行政权分开，也不会存在自由。如果司法权与立法权相结合，那么则将对公民生活和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权与行政权相结合，那么法官就拥有压迫者的力量。如果由一个人或由重要人物、贵族或平民组成的同一个机构行使这三种权力，即制定法律权、执行公共决议权和审判犯罪或私人争议权，那么一切都完了。
>
> **——孟德斯鸠《论法的精神》第十一章第六节“英格兰政制”**

第二，几乎是孟德斯鸠最杰出的一个贡献，如同以往没有人像洛克那样重视和强调立法权一样，也没有人像孟德斯鸠那样如此重视和抬举司法权对于分权制衡的重要性（即使柯克法官，也并未在一种整体性的政体框架下去抬举司法权的意义）。针对18世纪初英国出现的司法权独立于王权的趋势，孟德斯鸠给予了最坚决的赞扬，无保留地主张将司法权从立法权中独立出来。事实上，司法权的被发现，构成了他三权分立理论中最精彩的部分。这一倾向，上接英国法治传统中柯克法官对司法独立性的坚持，下接由美国马歇尔大法官开创出的司法审查体制，给予了现代宪政主义一项最重要的技术，有机会去制衡民主原则和唯意志论的实证主义法律观。

《论法的精神》发表28年之后，在美国弗吉尼亚州制宪的威廉斯堡大会上，弗吉尼亚宪法的制定者们通过了一项宣言，其中对“政府的未来形式”的规定几乎完全来自孟德斯鸠的思

想[1]：

立法、执行和司法部门应当分立和区别，因此谁也不能行使只属于其它部门的权力。除了县法院的法官可以成为议会任何一院的成员外，将没有任何个人同时行使一种以上的权力。

这是宪政主义发展史上激动人心的一幕。一种经历千年的政治智慧和实践而逐步成熟的政治理论，脱离它所依赖的自生的秩序背景，而成为一个新兴的立宪政府的指导思想。同年晚些时候及一年之后，马里兰州、北卡罗林纳州、佐治亚州等，也纷纷效仿并做出了类似的宣告。十几年后，在美国制宪的争论中，麦迪逊再次重申了孟德斯鸠的精神，他说[2]：

的确，没有任何政治上的真理比这个具有更大的真正价值，或更加明显的带有自由保卫者权威色彩了。立法、行政和司法权至于同一主体之手，无论是一个人、少数人或多数人，不论是世袭的、自封的或选举的，均可正确的断定其为暴政。

几年后，法国在大革命中颁布的1791年宪法，在其第三篇《国家权力》中，也完全遵循了孟德斯鸠三权分立的学说。此时离这位男爵去世已经36年。后来经过雅各宾派绝对民主暴政时期的反复，分权原则在法国1799年宪法中再次得到了确认。

不过，孟德斯鸠轻微的唯理主义倾向，还是使他的概念过于分明的“三权”学说具有一些致命的缺陷。通过概念的抽象化，他省略了英国宪制中至关重要的三权之间的交叉和混合现象。这一基于普通法的经验主义的事实，也许被孟德斯鸠当作

① 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第112页。

② 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，转引自詹宁斯：《法与宪法》，三联书店1997年版，第20页。

不成熟的阶段性特征过滤掉了。因为这一过滤，分权学说与混合均衡政体之间的延伸关系也就被省略了。因为这一省略，也可能因为孟德斯鸠本人曾是法国波尔多最高法院的院长。他无法理解和看清引导英国宪制走上一条发现规则和扩展自由秩序的普通法的法治道路。甚至错误的认为司法权在英国宪制中"可以说是看不见和不存在的"，他基于法国最高法院的经验，看到了人类司法机构的一个范本。于是孟德斯鸠得出一个宪政史上几乎最荒唐的、是非颠倒的结论。他认为强大的司法权的存在，是像法国那样的政体的特征，而不是像英国那样的政体的特征[1]。但将法国作为观察英国司法传统的坐标，能给这颗伟大的头脑提供些什么呢。于是司法权在立宪政体中的显赫地位被孟德斯鸠"敏锐地发现，但又被悄悄地抛弃了"[2]。

他的唯理化倾向，也在英国以外影响了一些人对三权分立的绝对化的和"政治正确"的理解。英国宪法学家韦德曾总结分权学说的4个含义，他的阐述显然是更为全面和非抽象化的[3]：

1. 人不得为一个以上的国家机关的成员，例如内阁成员不得同时兼任议会议员。

2. 政府的一个部门不得控制其它国家机关或干涉其工作，例如司法机关应当独立于行政机关。

3. 某一政府机关不得行使其它政府部门的职权。

---

① 小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，秋风译，北京大学出版社2005年5月版，第239～243页。

② 小詹姆斯·R·斯托纳：《普通法与自由主义理论：柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头》，秋风译，北京大学出版社2005年5月版，第242页。

③ Wade E. C. S. and Bradley A. W., Constitutional Administrative Law. London: Longman group UK Limited, 1985, 53. 转引自程洁：《美国宪法诉讼中的可诉性检验研究》，载《宪政论丛》第4辑，法律出版社2004年6月版。

4. 不存在绝对的权力分立，分权的目的在于权力制约。

3.4 修正

自孟德斯鸠提出三权分立学说，尽管存在一些理论与宪政模式上的重要修正和别出心裁的创新；前者如法国在美国分权模式上演变的“半总统制”，日本在英国和美国两种分权模式影响下形成的“有限议会制”，后者如孙文提出的“五权宪法”，本书第三章关于选举制度的部分曾评论过他关于“考试权”的设想。但 250 年以来，在三种国家权力之间进行分权制衡这一基本模式，并未遇见过真正的理论挑战。除了某种“议行合一”的体制在巴黎公社之后得到马克思主义的推崇，也曾一度成为多数社会主义国家青睐的模式，并非常不恰当地把它与英国混合主权下的议会内阁制相混淆[①]。但今天这种议行合一的理论也已被上述国家普遍地摒弃了。

一、贡斯当的五权分立。

大革命时期，贡斯当承继洛克的分权思想，在他的《宪政政治大纲》中提出了君主立宪政体的“五权分立”模式。一方面，他特别强调两院制的因素，把立法权在贵族传统与民意基础之间进行分配，这表明他并未全盘接受洛克的契约论，而带有更多混合政体的色彩。另一方面，在洛克的时代行政权是从

① 一种非专职化的、并不与政府在人员上区分的代议士制度，仅出现在实行议行合一原则的社会主义国家。英国的代议制政府有时也被中国的学者们比附为“议行合一”（如谢维雁《宪政基本价值论》，见宪政论衡网站 www. xianzheng. net。谢文的观点代表了多数大陆学者的传统看法），但这一看法忽视了议会主权和法治原则这两个排除直接民主色彩的英国宪政的根本特征，将分权原则下的议会内阁制与从巴黎公社直接民主实践当中引导出的反分权的“议行合一”概念相混淆。参见本书第三章《“议行合一”与直接民主》一节。

属于国王的，因此洛克没有去单独思考王权的地位。但后来内阁制的发展使行政权逐步掌握在了部长们的手中。君王的地位越发超脱，突兀在三权之外。贡斯当开始认为国王应具有一种单独的王权，这种王权是一种中立性的权力，它使国王消极无为，仅仅成为宪政精神的一种永久性的象征。英国虚君体制下的国王地位，就是贡斯当眼中“中立性权力”的最佳例证[①]。

在中国清末的宪政运动中，学习英国被立宪派称为“虚君立宪”，学习日本则被称为“实君立宪”。实君意味着王权与行政权的合一，虚君却意味着王权的单列。孟德斯鸠也是主张君主制的，在他那里王权是一种整体性的不可分割的权力，高居于三权之上。三权分立是王权之下的分立，三权都是从属性的“居间的权力”，君主在逻辑上才是“一切权力的渊源”。三权分立仅仅意味着君主必须通过这三种法律的渠道去进行统治。孟德斯鸠这种框架在今天显然会被视为一种专制，他的理论与英国议会至上的有限君主制（king in parliament）有着根本的差异。因此有人评价说，“即使是上了断头台的查理一世，也不敢想像一个英国国王可以行使像孟德斯鸠所赋予君主的那种权力”[②]。

孟德斯鸠三权分立学说的伟大之处，在于一旦去掉三权之上高屋建瓴的王权之后，就成为一个共和制的立宪政府不可或缺的原则。但在君主立宪制的范围内，他的理论几乎是最糟糕的。贡斯当将王权作为中立性权力，与司法权、行政权及由两院分别执掌的立法权并列为“五权分立”，显然更具有立宪主

---

① 弗里德里希·沃特金斯：《西方政治传统：现代自由主义发展研究》，黄辉、杨健译，吉林人民出版社2001年8月版，第105页。

② 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第76页。

义特征和混合均衡政体的精髓，也更符合对当时英国古典宪政体制的描述。

二、哈耶克的三权五层。

到了20世纪，行政权的迅速膨胀和政府对社会生活的全面干预，成为传统宪政主义分权原则越来越难以驾驭的一个支流。能与这一趋势相抗衡的，主要是宪政主义在司法权方面的重大发展。因此现代的宪政主义者往往会高度强调最高法院和违宪审查制度在立宪政体中的核心地位。但在哈耶克看来这仍然不够。由于现代议会在立法之外逐步拥有了更多的职能，使议会对政府事务的介入越来越具体而微，而议会及其立法的行政色彩也逐步浓厚，这样议会不再是一个单纯的立法机构。另一方面，政府经议会委托的行政立法职能也开始日益膨胀。这样，传统意义上通过立法权制衡行政权的设想就在很大程度上被消耗了。这也使立法的概念部分脱离了英美法治传统中的消极的和否定性的立法传统，脱离了旨在实施私法和捍卫自生秩序的法律的发现观。如在多数现代国家所看到的那样，立法几乎是围绕着行政的饥渴为坐标，不同程度地成为了行政权的附庸和一个法律助理。使得“官僚主义立宪政体”的特征越来越强①。

这种倾向甚至在自由宪政主义最成熟的美国也不例外，尤

① 日本著名的宪法学家美浓部达吉曾将立宪政体分为四种：直接民政（民主）主义的立宪政体，三权分立主义的立宪政体，议院主义的立宪政体，官僚主义的立宪政体。其中官僚主义立宪政体指政府与议会虽相互独立，但政府的势力总可以支配国政。他将1918年之前的德国视为官僚主义立宪政体的典型，但认为德国革命后，当世诸国已不再有官僚主义立宪政体的例子了。他这番乐观的话是在1920年说的，尚不能预料20世纪中后期全球性的政府权力膨胀。见《宪法学原理》，欧宗佑等译，中国政法大学出版社2003年7月版，第364～376页。

其在主张国家干预的凯恩斯革命之后，美国政府的立法权空前滋长。法院的违宪审查因司法权的消极性，只是一种缓慢而昂贵的矫正机制。当立法权围绕行政的旋转速度加快时，即便最高法院的大法官全是自由秩序的保守主义者，违宪审查也不可能见招拆招、同步跟上。一位学者曾以嘲讽的口气描述了现代英美国家这种以大契约（立法）代替小契约（私人合同）的行政性立法的膨胀[1]：

英国众议院每年大约制订500个法案（那已经很惨了），同时间大约有一万条新的法令和规条公诸于世。立法当局出手还真大方！想想看：主祷文只有56个字（指英文字），盖茨堡演说共266个字，十诫亦仅297个字，独立宣言则为300个字；而最近美国政府公告一项有关卷心菜的菜价的条文，就有26，911个字。在州级政府里，每年有廿五万条新的法规，而这廿五万条法规不过是让立法当局和人民一同迷失在法律的迷宫里罢了！

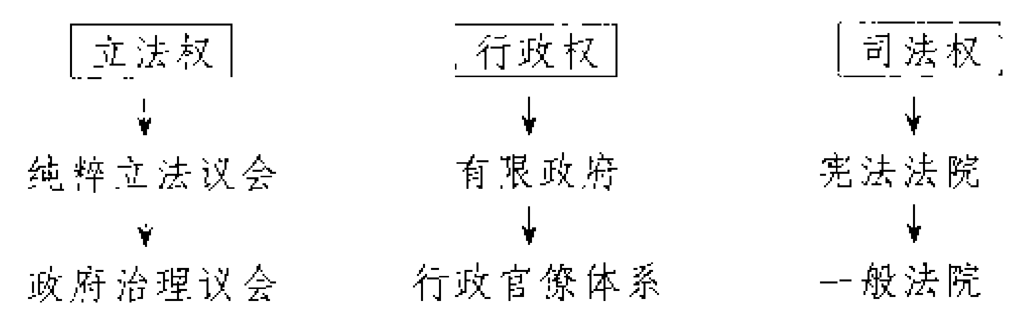
另一方面，分权学说的一个重要价值是促进司法权和行政官僚制两方面的专业化。但在美国，由于参议院、众议院积极参与和总统之间为控制行政机构而进行的持续不断的竞争，"导致了一个极度政治化的官僚制政府"[2]，宪政意义上的行政体系的专业化，不像司法权的独立性与专业化那么显赫，也往往因此被忽视。出于这些原因，哈耶克在他晚年的巨著《法律、立法与自由》中，对传统三权也进行了分拆重组，提出一

---

[1] 莱斯（Al Ries）、傅特（Jack Trout）：《定位：心灵之战》（Positioning: The Battle for Your Mind），见 http://home.kimo.com.tw.

[2] 阿克曼：《新分权》，秋风译，未刊稿。

种被研究者称为“三权五层”的宪政分权新框架[1]。



哈耶克主张将议会在立法之外所有围绕行政的职能剔除掉，剩下一个纯粹意义上的“立法议会”。这里的“立法”是自由宪政主义传统下的消极的立法概念。立法议会发挥与目前美式最高法院较类似的功能，它不考虑行政问题，它的立法也是少而精的，仅仅是一个宪法秩序的守护神。在它之下，哈耶克将那些被剔除的行政色彩的立法和复决的职能，以及目前由政府行使的委托立法的部分，放在一个行政性的“政府治理议会”中。同时，哈耶克也把一个专业化的行使具体管理职能的官僚体系，和一个政治化的政府决策领导分开，成为两层政府机构，加上传统的司法权为一层（哈耶克也主张设立专门的宪法法院），这就是三权五层的宪政分权新模式。

假如把“政府治理议会、有限政府、行政官僚体系”这三层与传统行政权相关的设计拿出来，会发现这与一些欧洲国家流行的“行政分权制”有类似的地方。但区别在于哈耶克的设想不仅出于对行政权庞大的不满，也出于对立法权和议会制度日益沾染的行政色彩的不满。因此他的理论是对简单三权分立模式的一种整体性改造，追求效果是从立法和司法两头重新形成对行政的更为有效的制衡。而“行政分权制”的背景，是欧

① 高全喜：《法律秩序与自由主义——哈耶克的法律与宪政思想》，第五章《宪法新秩序》，北京大学出版社 2003 年版。

洲那些经过了“福利国家”和凯恩斯主义洗礼之后的宪政制度，希望矫正三权之间快要失去的均衡，矫正因政府职能的膨胀呈现出的“国家超载”[1]、司法权独木难撑的趋势。

“行政分权或行政三分制”的设计，多是以一个集权的中央政府为顶端的行政权的内部改造。对解决哈耶克所指出的那些困境几乎没有帮助，反而可能削弱地方行政的效率和独立，在行政系统内强化中央集权的趋势。中国古代行政制度是一个极具说服力的例子。自唐朝以降，一直存在着各种行政权的分拆。如宋代省一级政府分为帅（安抚使）、漕（转运使）、宪（按察使）、仓（常平使）四种平行机构，明清两代则分为“三司”（布政司，按察使和指挥使）。唐朝分拆相权，实行“三省制”，分别为尚书省、中书省与门下省。中书制定行政法令、门下审核，最后由尚书省执行。此外还有一套唐代开始、到宋代之后合流的台谏制度，作为独立的行政监察部门。这是一种典型的行政三分或四分制，只分解相权，不涉及与皇权所代表的统一的立法权及司法权之间的制衡关系。这种行政权的分拆仍只能称为“分职”，不能称为宪政意义上的分权。

三、两种分权模式的比较。

以洛克思想为代表的英国议会内阁制，和集中体现孟德斯鸠三权分立学说的美国总统制，是两种主要的宪政分权模式。表面看议会内阁制容易使政府受制于议会，甚至发生频繁倒阁的现象。政府对议会的牵扯看上去也不能与总统制下的局面相提并论。但由于现代政府的职能膨胀，担心内阁制会削弱政府独立性，几乎已是杞人忧天。哈耶克所担心的议院的行政化才是难以克服的现

[1] 戴维·赫尔德：《民主的模式》，《超载国家或合法性危机》一章，燕继荣等译，中央编译出版社1998年版，第305页

实。三种权力之间，从逻辑上说具有六种制衡关系的走向，但对立宪政体而言制度价值较大的，大概是其中三种：

1. 议会制衡政府；

2. 法院制衡政府；

3. 法院制衡议会。

上述三种制衡关系的重要性和日常性，超过另外三种逻辑上的制衡走向：

1. 政府制衡议会；

2. 政府制衡法院；

3. 议会制衡法院（修宪）。

因为政府主要是一个被制衡的对象。司法权因它的消极特征而主要是一个制衡者，它需要被制衡的程度低于另外两种权力。如在内阁制下，政府制衡议会的功能不如在总统制下（总统可以拒绝签署法案）。但在内阁制下，议会对政府的制衡功能却强过了总统制。显然，后者是更为重要和经常的。

另一个复杂因素是总统制分权模式带来的直接选举问题。由直接选举产生的总统掌握行政权，这是以民意对抗民意。类似议会内阁制下"一股政治力量仅仅赢得一次选举就能获得全部权力"[1]的便宜事就不再可能了。这在宪政的意义上是更值得称道的。前文曾称之为"间接民主与直接民意"的结合。但这只是一种理论模型中的优点，立宪史表明实行这种模式的实际效果，在很大程度上受制于一个国家是否拥有成熟的自由传统。因为总统制的直接民意基础，很容易带来行政权的膨胀、民主化的狂热及对强权领袖的崇拜。1919年魏玛宪法设置了一个"强大的、直选的、独立于国会的总统"，在希特勒成为

[1] 阿克曼：《新分权》，秋风译，未刊稿。

总理后，这一政体设计被普遍视为一个“主要的错误”。事实证明，洛克式的议会内阁制模式，对德国这样的国家来说可能是更为适合的。

美国的宪法学家阿克曼，基于共和主义立场也反对输出美国的总统制分权模式，他认为这种模式在美国运行良好是一回事，对后进国家的宪政转型是否普适则是另一回事。阿克曼的研究表明，在民主化的第三波中，有大约30个国家采用了美国式的分权模式。这些国家后来几乎无一例外地陷入周期性的宪法崩溃。其中一个重要因素，就是总统制需要凭借一次性的（往往也意味着戏剧性的）直接选举来提供行政领袖的合法性，这也刺激了通过某种全民公决来为重大决策提供正当性支撑的、一劳永逸的和把“石头变成面包”的诱惑。

据学者的统计，在1945年~1979年一共有93个国家宣告独立，其中在1980年~1990年的十年间，可以被认为具有某种持续的民主制度的国家只有15个。学者们发现一个戏剧化的结果，这15个国家全是在独立初期采用议会制的国家。在52个独立初期实行总统制或其它模式的非议会制国家中，竟然没有一个能在之后的几十年间拥有一种持续的民主制度[①]。

著名民主理论家罗伯特·达尔也曾在1996年得出结论，他说，“在民主条件和传统不是很好的国家，议会制比总统制更有助于促进基本民主机制的稳定”[②]。美国立宪的历史经验是非常独特的，表面上，其对民主因素的依重大于对代议制传统

---

① Alfred Stepan 和 Cindy Skach：《比较视野下的总统制与议会制》，载《总统制民主的失败》。转引自阿克曼：《新分权》，秋风译，未刊稿。

② 罗伯特·达尔：《民主宪法之思考：民主经验的结论》，载《Political Order: Nomos XXXVIII》，第189页。

的依重，而英国的分权模式恰恰建立在完全相反的立宪经验上。但美式总统制中最至关重要的因素——司法权的至高无上，却与英国宪政一脉相承，是那些缺乏自由传统的国家几乎不可能短期模仿的。司法权威的积累和民主化的浪潮，在同一场制度变迁中，甚至可能是两个南辕北辙的目标。因此非欧美国家学习总统制，无一例外只得到一个跛脚的总统制。由此，阿克曼认为最好的分权模式，是在英国洛克式的威斯敏斯特模式上进行改造，更加突出最高法院、议会和权利法案的地位，然后形成一种理想的“有限议会制”[①]。在他看来最接近这种理想模式的国家，是在君主制下接受了美国强制性宪政转型的日本。日本的宪政模式介于英美之间。内阁像英国那样受制于议会，但议会并不拥有英国式的“巴力门（parliament）主权”，而是像美国一样受到成文宪法、权利法案和最高法院违宪审查的制约。但日本的立宪经验也过于独特，无论是君主制传统，还是外力强制的宪政转型，都极为偶然。这种“包办婚姻加外遇”的立宪道路，对其它国家来说也几乎只能当作故事听。

在民国初年的立宪设计中，也曾发生过内阁制与总统制之争[②]。目前国内学界对这两种政体的选择尚缺乏较清晰的比较研究[③]。2004 年 3 月的宪法修正案，曾对作为虚位元首的“国

---

① 罗伯特·达尔：《民主宪法之思考：民主经验的结论》，载《Political Order: NomosXXXVIII》，第 189 页。

② 参见本书第 9 章“内阁制与总统制”一节。

③ 参见吴稼祥《总统制与内阁制的政体之路》一文对这一问题的综述，见冯崇义、朱学勤主编：《宪政与中国》，香港社会科学出版社有限公司 2004 年 6 月。吴稼祥认为总统制较为优越，他的主要思路是“在地方权力垂直分散时，中央权力要在平面上集中”。他所谓的“中央权力”是一种以行政权或“统治权”为中心的概念，显然未将司法权在立宪政体中的地位、及各种国家权力在旧体制中的现实关系纳入思考的范围。

家主席”条款（宪法第81条）作了微小修改[1]，但笔者尚未看到对这一修正的宪法学分析。

---

[1] 宪法第八十一条“中华人民共和国主席代表中华人民共和国，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。”修改为：“中华人民共和国主席代表中华人民共和国，进行国事活动，接受外国使节；根据全国人民代表大会常务委员会的决定，派遣和召回驻外全权代表，批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。”



第二编
制度

第七章

中国近代宪政经验

1. 清末立宪的观念演变

1.1 自由与民权

大概从1908年清廷颁布《钦定宪法大纲》肇始，中国从一个灾难深重、力求自拔的帝国，过渡到王纲解纽之后僭主林立、训政不断的民族共和国。清末以来中国历次追求宪政的运动中，与共和主义、民族主义及民主主义等宏大叙事相比，自由主义的价值诉求总是被挤压到最边缘的位置。而宪政与民族主义（Nationalism，梁启超曾先后译作国家主义和民族主义）、以及宪政与民主之间的差异甚至冲突，都在相当的程度上被忽略了。如孙文坚持认为中国人的“自由”不是太少而是太多，多到让国人一盘散沙的地步。因此在他的三民主义中，民族主义（国家主义）才是第一位的，民权主义多数时候是一面统战

的旗帜。有学者曾从宪政史的角度分析过清末“民权”话语的提出。“民权”一词最初来自日本对英文“民主”一词的翻译，原本是指“人民主权”而非个人的权利束。梁启超等人对“民权”的弘扬，首先是将之作为君权的对应物，并在“水能载舟、亦能覆舟”的意义上成为了立宪派和革命派拿来钳制或反对君权的器皿。立宪派的“民权”概念，仍然是侧重于作为个体权利之集合的“民权”，与民主的概念相近，与个人自由的含义相去较远[7]。

尽管杨度曾说过，“立宪政府乃民权之政府”。但“民权”这块蛋糕并没有被分解为个体的权利束，并被立宪派理解为宪政制度的本体性价值。他们对国强民富的民族主义的关注和革命派是高度一致的。民权也似乎必须合在一起，才有抗衡国家霸道的力量。立宪派看到西方列强乃至日本蕞尔小国的富强正是建立在立宪政治之上，因此将立宪政治当作一副医治国弱民贫、政治腐败的特效药。梦想以为“一纸宪法能抵百万雄师”。民权也罢，议院也罢，都是从这个民族主义的目的出发去取舍。如同在男权社会中呼吁女权，民权不过被当作天地阴阳的均衡中不可或缺的那一半得到伸张。不是通过限制君王或政府的权力以达到保障民权的目的，而是通过兴民权的手段去限制君权，使其“无偏重之弊”，才能有利于行政效率实现强国的目标。开议院的好处也是如此，只是为了“合君臣为一体，通上下为一心”。这种看法，仅停留在古希腊朴素的混合政体思想的层次上。立宪派的追求目标从一开始就是整体性的“人民主权”，而不是个人权利束。这种追求本质上是民主主义的，而不是宪政主义的。我们可以对照法国的君主立宪主义者贡斯

---

[7] 王人博：《宪政的中国之道》，山东人民出版社2003年版，第32页。

当的态度[①]：

我一直捍卫这样一个原则，即自由就是一切。而我所说的自由，是指个性的胜利，以及对要求得到少数服从多数之权利的群众的胜利；个性的胜利是指专制政府无权干涉个人意见，不应该使个人的东西服从于社会权力。

显然在贡斯当眼里，“个性的胜利”和“群众的胜利”是两个同时的目标，也就是宪政和民主的目标。而且前者明显是比后者更重要的。贡斯当把自由看作现代社会的一个结果，这个结果恰恰是立宪主义的基础。但对比清末，我们发现这个基础即使是在立宪派的口头上，也并不存在。所谓立宪派与革命派最重要的差别，并不是要不要皇帝，而是“先立宪后共和”还是“先共和后立宪”的道路选择。对于“宪政”的灵魂即个人自由的在先性和法律化，立宪派几乎和革命派一样缺乏理解和认同。在民族主义的目标面前，就显得更加犹豫。革命派那里更是如此，在推翻君权的道路上，“民权”是必不可少的统战器皿。革命成功后在建立民族国家而求富强的道路上，却开始视其为一种妨碍了。二次革命之后，放弃个体的自由而求“群体的自由”，就成为国民党训政思想和一党治国模式的源头。

1.2　自由为体，民主为用

清末民初，尽管严复在维新运动和辛亥革命中日倾保守，但只有他对西方宪政的理解达到了入木三分的深度。严复说西方文明一言蔽之，是“以自由为体，以民主为用”。这一句话

---

① 马斯泰罗内：《欧洲政治思想史：从15世纪到20世纪》，黄华光译，社会科学文献出版社1998年版，第285页

登堂入室，可以视为中国学人迄今为止对宪政主义的一个完美诠释。根据这一诠释，可以再借“体用之说”，将中国百年来学习西方、追求宪政的制度变迁分为三个阶段。鸦片战争后认识到西方的船坚炮利，由此展开洋务运动，这是中学为体、西学为用的第一个阶段。甲午战争后人们开始在西学中发现立宪政治为体、船坚炮利为用，是第二个阶段。这一阶段尤其漫长，从戊戌维新和清末新政两轮立宪尝试，到辛亥之后频繁的府院之争、南北对峙，再到国共两党的对决和20世纪80年代台海两岸各自展开的体制改革。历史学家唐德刚将之比喻为“历史的三峡”。

走出历史的三峡，就进入宪政转型的第三个阶段，“立宪政治为体、船坚炮利为用”的理解再进一步，达到严复阐述的“自由为体，民主为用”。体用之间总是本体的改变更难，在第二个阶段是维新比洋务难，在第三个阶段是求自由比求民主更难。李泽厚曾提出著名的“救亡压倒启蒙”一说，而清末以来在民主与宪政的关系上，则是民主压倒了自由。这话容易令人误解，准确地说是在观念上对民主的崇尚压倒了对自由的珍惜，因此在实践上往往造成假民主压倒真自由。这也影响了许多知识精英在每一轮的危机关头和民主梦想面前，总是倾向于对国家主义、极权主义和各种威权主义的容忍。

和自由相比，民主思想在中国传统中更容易找到貌似的契合点，如孟子的民本思想对于整体性民众力量的重视，“皇帝轮流做、明日到我家”的民粹思想，在传统文化中都根深蒂固地埋伏着。这也能解释为什么在追求宪政的路上，先贤们总是将民主看得比自由更加迫切和符合道义。此外，中国传统“均贫富”的平等观强调私域内的均等，而不是公域内的均等（民主）。这使百年宪政的政治诉求，往往在观念上由公域内的人

格平等向着私域内的权益平等恶性倾斜，结果在实践上既没有公域内的民主，也没了私域内的自由。加上左翼意识形态长期以来对一个基于财产权的私域持强烈的否定或削减立场，民主与宪政之间的观念冲突，就逐步演变为平等与自由之间的现实冲突。

一面，民族主义和国家意识形态的整全性诉求对个人自由进行反复打压，所谓牺牲小我成全大我。另一面，是民主和平等的政治理想对于自由与宪政目标的屡加排挤。如此导致了百年宪政转型的徒劳无功。经过二十多年市场改革和民间社会独立空间的凸出，同时伴随着一个价值多元化和政治世俗化的过程。有限政府和个人权利在先的目标开始被全社会接纳，逐渐获得了观念的正当性。以保障公民自由、限制政府权力为制度内涵的宪政主义，也第一次为长久以来含混其辞的“政治体制改革”的提法勘订出明确的方向性。同时宪政的法治主义倾向也日益受到关注，使超出一般的政治激进和政治浪漫的成分被有效地剔除，使宪政主义的观念革命，有可能以温和的制度变迁方式在中国史上展开。

对那些历经苦难、道统毁弃的民族来说，“自由为体、民主为用”的宪政制度，其意义不但是制度上的。什么是政治？在苏格兰启蒙思想家休谟看来，“形成一个社会就是政治”[1]。宪政不是单纯的立序，而是一个形成社会的过程。实现宪政主义转型，往往是化解后进国家在反复苦难中沉积的悲情、戾气、不安和公共道德沦丧的途径。最终为一个庞大人群在宪政国家的框架下确立某种具有长久稳定性和道德说服力的公共生活模式。从多数转型国家的经验看，也只有宪政民主制度能够

---

[1] 参见高全喜：《休谟的政治哲学》，北京大学出版社2005年版，第79页

把大多数社会成员从政治的边缘重新带回公共生活的中心，使民众基于对政体而不是对疆界的认同，重新积累起一个政治共同体必不可少的凝聚力[1]。强调自由在价值序列上的在先，原因也正在于此。如果说宪政是新的政统，自由就是新的道统，是为政治立下的判断的标准。

2．清末立宪的超验之维

2．1　立宪对合法性资源的剥离

1908年清政府颁布宪法大纲，其中常为人诟病的是第一条，开宗明义确立了大清帝国“万世一系、永永尊戴”的永续帝格，并称“君上神圣尊严不可侵犯”[2]。这是始皇以来历朝天子求之不得的一个乌托邦。却在理论上受到儒家革命理论的抵制。因为韦伯所谓 charisma 的威权因其身体性而无法承继，其合法性与说服力必然会在代际之间递减。一个英明君王的涌现，在政治哲学上的代价就是其子孙的合法性将因他的英明而被削弱。他越英明，他的子孙的皇位就越缺乏合法性。事实上永劫不复的王朝周期律就不可避免。儒家革命理论并非要倡导革命，是给朝代的更替一个不至于引发历史秩序彻底崩塌的辩

---

① 即使是英美两国，民众的政体认同与疆域认同也呈现出极大的差别。在美国，疆域认同远远低于政体认同，仅为7%，而英国人的疆域认同仍然高达47%。参见塞缪尔·亨廷顿：《我们是谁——美国国家特性面临的挑战》，新华出版社2005年1月版。

② 参见费正清主编：《剑桥中国晚清史》（下卷），中国社会科学出版社1993年版，第458页。

护性说法。说大家不要有幻灭感，王朝更迭是天命的转移，不是范式的颠覆。

因此儒家作为君主专制时期的主流意识形态，不可能允许哪一姓的帝王宣称自己"万世一系、永永尊戴"。这会将君主制根深蒂固的合法性渊源与一家一姓的偶然的朝代兴亡捆绑在一起，一旦某个朝代垮台，"万世一系"一脚踏空。无论下一个血战而出的王霸是谁，都可能无法堵住君主制本身的合法性危机。儒家革命理论其实是一种政治哲学上的"两权分离"，将作为超验背景的君主制本身的合法性，与一家一姓的世俗王朝的历史合法性区分开，以实现君主制的"超稳定结构"。如同《新约·罗马书》第13章中说"没有权柄不是出自于神"，使徒保罗此言所指的，是认同权柄本身的神圣渊源，而不是认同一切执掌权柄的人的偶然的历史合法性。

直到清末立宪，君主制快走到尽头，反而给了君皇一个突破儒家革命理论阻扰的机会。宪政主义对于一个威权递减的专制国家及其领袖的意义，类似于法人制度对于一家合伙企业及其主要合伙人的意义。即削弱甚至取消公共权力的身体性，使一个皇帝或一个老板的带着身体性的人格（帝格）与其国家或企业的人格（国格）分开。只有这种对身体性（准确的学术用语是身份关系）的超越，才可能赋予一个国家或一家企业以永续性。因为身体是要腐朽的，想不朽，就要去掉身体性。使权力本身的合法性与执掌权力的人或集团的合法性彻底分开。

建立在法人理论上的现代公司制是一套赋予企业以永续性的方案，并使企业的破产不会对法人制度本身构成挑战。对绝大多数资本拥有者来说这也是一套最优方案，是人类经济史上筛选出的最不坏的资本的结盟形式。而宪政制度则是赋予一个政权以永续性的类似方案。英国的虚君立宪，对民众而言是将

对于在位者权力的限制确立了下来，对王朝而言则是将在位者的扎根于历史渊源之中的合法性基础剥离出来，通过一个人格化的立宪过程得以确立。

2.2 "半人半神"的虚君立宪

虚君立宪是一种"半人半神"的政体，形象的喻体是一种叫做"人头马"的酒品牌。半神的一面是指君主制的经验传统及其背后的超验性背景，它将通过立宪第一次得到书面的承认。半人的一面则是宪政所确立的政权的世俗化和人格化，也将通过立宪第一次使国家本身获得一种独立于统治者之外的主体性。使国家的理性脱离君皇的身体传承。君主的帝格也从国家的人格中被剥离出来，成为被凝固下来的一种神圣威权的象征。君主的身体性的权威被规范和被限制，君主与国家开始若即若离。君主的血统传承与君主权力本身也开始若即若离。这就为君主帝格的永续性提供了可能。因为这种帝格不再因其身体性而递减，可以在宪政政体中代代相传。推翻一个皇帝则成为既不合法、也完全没有必要的事情。推翻政府（倒阁）就足矣。天大的事不过是董事会换届，只要民族共同体不灭，国家的法人人格就永在。在古典自然法时代，所有那些基于神权（如菲尔麦）或基于自然法、契约论和理性（如霍布斯、洛克、贡斯当等人）而拥护君主制的思想家，事实上都致力于论证这种"半人半神"的政治哲学。

这是理想状态下的君主立宪。但对清末立宪而言，问题在于"君主制的经验传统及其背后的超验性背景"是一种稀缺资源，一种几乎不可再生的东西。几千年的帝制传统到头来也只有半斤八两。要将弥漫在空中的"charisma"的剩余威权变成一缸液化气，需要恰当的时机。这个时机甚至也是一次性的。

因为观念的“祛魅”是一个快得来不及眨眼的过程。晚清变局就是一个足以令人捶胸顿足的例证。两千年帝制的积累，历史经验的拿捏不过只在十年之间。1898年只早了一点，抱着盲目自信和侥幸心理的君臬选择了殊死抗争。1906年预备立宪也不过晚了一点，将散落四处的剩余威权搜集起来凝固化的立宪改革，就因交易成本过高而被革命派和立宪派联合抛弃。

如以经验主义者的立场看，一切“真神”都由“伪神”而来。伪神能否成为真神就不是问题，真正问题是独裁者在清末曾经有过一次机会。但一种超验的意识形态在立宪政体中的确立，一次失败就足以断送成为宪政“高级法”背景的可能性。在宪政主义的政治哲学中，合法性的追溯终点一定是超验的价值。但在政治的历史现实当中，合法性的另一个重要渊源是传统，换言之即时间的经过。因为时间，是超验价值在人类之中展开的唯一舞台。彻底否定君主制的合法性传统，甚至彻底否定革命政权的合法性传统，都是对时间意义的一种否定，而时间一旦被否定，超验之维就不可能存在。同时那种形而上的和唯理主义的极端否定，意味着对经验主义和世俗理性的彻底抛弃。这种抛弃同样暗含着对个体经验和个体血肉的漠视。假如一切真神最初都是伪神，就如一切财产权的起点最初都是不义。赋予它们合法性的就不仅是信仰，而且是信仰的传统，是漫长的演进和“经过时间的软化”（贡斯当）。信仰本身也因其传统才赢得了更强的说服力和更广的流传。因最初的不义而藐视和否定财产权，是一切左翼思想形而上的偏执。因最初的不义而绝对否定源远流长的君主传统或一个暴力革命政权的合法性传承，这与左翼极端思想的政治哲学逻辑其实是如出一辙的，是对立宪政体的混合均衡原则和反国家至上主义的背弃。

在今天叙述宪政主义的合法性，不能说在形而上的逻辑和

人类经验中，唯有宪政是合法的。但在历史上，君皇和各式样的独裁者及其意识形态都先后耗散了“形成一个社会”的机会，先后将稀缺的合法性资源挥霍一空，同时受到启蒙价值与全球宪政文明背景的强大制约。因此对今天的转型国家来说，宪政主义的转换已成为唯一的依托人类既有经验的出路。

3．辛亥革命后的立宪迷误

经济史家诺斯主张制度变迁的“路径依赖”说。他认为在一切人类自发演进秩序当中，文化与制度的路径绝不可能被彻底超越，改弦更张。在此意义上，一切貌似斩钉截铁的革命，等到尘埃落定时再看，不过是更费劲的改良。戊戌变法时的激进主义者谭嗣同，曾说中国是“两千年之政皆秦政也”。毛泽东亦说类似的话（“百代皆行秦政制”）。如果将谭嗣同和毛泽东所言的“秦政”，作为从变法到革命运动厕身其间的一种“路径依赖”，那么理解1911年的辛亥革命及其一手拉开的暴力革命与社会改造运动在多大意义上获得了成功，可以取决于对革命后政治与“秦政”之间的比较。本节无力做出这样的比较，但20世纪的宪政革命可以因此理解为一半的“秦政”加一半的西方资源。作为辛亥年间的“路径依赖”的秦政，包括了两个方面。一是作为“政统”的君主制，一是作为“道统”的专制主义政治思想（不是儒家意义上的道统）。在两者之间，我们看到辛亥革命，尤其是后来反复的继续革命，几乎所有力量都义无反顾地指向作为政体的君主制，但对作为“道统”的专制主义意识形态却少有着墨。甚至在某种程度上，此种意识形态下形成的威权反而成为对抗君主制的革命运动不可或缺的

“本土资源”。恰恰因为一场从专制主义土壤里萌发的暴力革命，对政治威权有着迫在眉睫的大量需求。辛亥革命在对“专制主义道统”的破坏力度上反而不如戊戌变法。这一点正是孙文本人背叛革命早期所设想的英美式宪政道路，在革命后走向个人及一党独裁的根本因素。

观念与制度的路径不可能被彻底超越。但在1911年之后，三百年之王朝与两千年之政体灰飞烟灭的时机，毕竟曾面临最大的社会与制度“范式”转换的可能性。

3．1　君主立宪与民主共和

从武昌首义到南北和谈，革命军对于民主共和政体的殊死坚持，是君主制最终被放弃的主要原因。但这种坚持当中，除开思想上对民主政体之前途的绝对自信和对两千年帝制与近代以来国羸民弱的深恶痛绝，也有着对于革命团体既得利益和政治逻辑的一种殊死维护。帝制如不能推翻，革命的合法性就会成为问题。因为驱除鞑虏的口号与建立民国相联系，而不是依赖于“天命已不在清室”这样的本土革命理论。就在汉阳被清军攻克后，黎元洪曾明确向袁世凯表示可以接受“君主立宪”政体，由此获得了在英国调停下短暂的停战局面。等到各省纷纷举事宣告独立，革命军对于共和政体的坚持便再也没有动摇过。孙文回到上海后即公开宣称：“革命之目的不达，无议和之言也”[1]。

---

① 本章关于中国宪政史未另作注明的引文，来自费正清：《剑桥中国晚清史》（下卷），中国社会科学出版社1993年版，张学仁、陈宁生主编：《二十世纪之中国宪政》，武汉大学出版社2002年版，陈峥：《中国宪政史研究纲要》，贵州人民出版社2003年1月版，王永祥：《中国现代宪政运动史》，人民出版社1996年9月版，高旺：《晚清中国的政治转型：以清末宪政改革为中心》，中国社会科学出版社2003年7月版。

另一方面，尽管袁世凯本人私下里透露过愿意接受民主共和，但在和谈前及谈判早期，袁世凯的公开态度是肯定的，即坚决维护帝制传统，不做辜负“孤儿寡母”的曹操。他在与黎元洪签订停战协议的同一日发表声明，明确表示“余之主意在留存本朝皇帝，即为君主立宪政体”。

袁世凯随即提出一个颇为民主和现代的解决政体之争的方法——“国民公决”。他在声明中对中央和掌握各省的革命党及保守党（立宪派）三足而立的局面进行了阐释，接着说：“余拟召集各省人民，以研究此中国究应为何等政体之大问题”。是年12月31日唐绍仪与伍廷芳达成协议，南北双方将就政体问题召开国民议会，听从国民公决。但南方坚持国民议会在上海举行，时间定于1912年1月8日。北方坚持在北京举行议会，双方僵持不下。结果孙文于1912年1月1日在南京就任临时大总统，并加紧北伐的备战。袁世凯失去了革命党一度承诺的民国大总统地位，勃然大怒，全面推翻议和。南北内战一触即发。袁致电孙文，坚持“君主、共和问题付之国民公决”，绝不承认临时政府。

正如孙文所言，“革命之目的不达，无议和之言也”。此时孙文面对星星之火进而燎原的局势，对于暴力革命的社会改造模式已充满迷信，政体问题听从国民公决，此种方式及其可能的后果是革命党不能接受的。政治和谈不过是革命军一个虚与尾蛇的花招。先把临时政府建立起来，形成既定事实，再以大总统职位迫使袁世凯倒戈。孙文复电袁世凯解释为什么就任大总统一事，一则表达了“君主、共和”不容再议的态度，二则指出自己经各省推举实在却之不恭，三则欲盖弥彰地说：“若以文为有诱致之意，则误会矣”。

以当时情势论，若因政体之争南北开战，革命军并无获胜

的局面。对袁世凯而言，胜负之数也是未明。在可以不战而屈人之兵，大总统唾手可得的前景下，以后半生的荣辱得失为君主制的去留而战，也不符合袁的一贯习气。所以对君主立宪的坚持，只是袁世凯的谈判砝码。和谈前他便明确指示和谈代表唐绍仪，“我方应坚决主张君主立宪，直至争论到最后，方能考虑调停办法，借以博取天下之同情”。

当时主流社会舆论的态度也很明确，国内思想界普遍主张君主立宪。康有为发表《救亡论》，反对革命，指出“虚君之共和”才是最佳方案。梁启超秉承师意，发表《新中国建设问题》，肯定革命的必要性，随后分析了当时世界上六种共和政体的优劣，认为“虚君共和”较为圆妙[1]。在解释为什么要设一个“虚君”时，梁说目的在于“可以息内争而定民志”。这话说到了点子上，当专制主义和威权主义的道统尚根深蒂固之际，君王作为这一“道统”的有着深厚渊源的象征被断然取缔，可谓“内争”已起、“民志”已乱。无论袁世凯还是孙文，实际上都梦想成为道统意义上的“开国之君”。章太炎、严复等一大批社会贤达也明确主张君主立宪，严复警告说“他们”（指革命党）如果轻举妄动并且做得过分的话，“中国从此将进入一个糟糕的时期，并成为整个世界动乱的起因”。严复因而主张历史的渐进，认为“最好的情况是建立一个比目前高一等的政府，即保留帝制，但受适当的宪法约束”。

当时西方列强也纷纷表示支持中国建立虚君立宪制。尤其英国和日本在这一立场上态度坚决，甚至表示如清室被废，将不惜以武力干预。美国公使也明确向革命党表示美国“绝不会承认中华民国”。另一方面，清室于当年11月1日任命袁世凯

---

[1] 参见《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年1月版。

为内阁总理，当月3日颁布《宪法重大信条》19条款——明确了君主的权力以宪法所规定者为限。当月6日又释放了刺杀摄政王的汪精卫等六人。可以说清室开始被迫朝着虚君立宪的方向妥协。

在南北力量和内外形势的博弈拉扯之下，如果君主制的深厚传统能够压住人心和台面，通过虚君立宪得以保留，一则可以免去威权象征被打破之后长达数十年的地方混乱和军事割据，二则可能使真正的宪政建设走上正轨，如梁启超所说，各种力量在遵奉一个最高象征的前提下进行的竞争，必然将在名分已定的宪政框架内展开，这样一可以防止君主权柄卷土重来，二则可以挟天子（宪政）以令诸侯，取得政治上的合法性与主动权。建立和维护宪政，逐步消泯作为道统的专制主义意识形态，就将首先成为各种势力维护自己利益的手段和需求。争夺尽管在所难免，但将下降为一种世俗意义上的争夺，而非意识形态的争夺。但君主制的被废使国家的权威系统及其合法性根源被"斩首"，结果砍掉一颗头（清室），立刻就长出三颗头（北京袁氏、南京孙氏和武昌黎氏）[①]。

贡斯当在路易十六被杀，拿破仑成为独裁者之后，曾说："我承认两种统治的合法性，一种是名正言顺的，它起源于自由选举；一种是心照不宣的，它源于世袭制。"[②] 辛亥革命之后，中国的政局开始在心照不宣的世袭制与名正言顺的自由选举之间痛苦挣扎，沦为漫长的"比君主制还不如的"（贡斯当）

---

① 吴稼祥：《总统制与内阁制的政体之路》载冯崇义、朱学勤主编：《宪政与中国》，香港社会科学出版社有限公司2004年6月版。

② 参见贡斯当：《古代人的自由和现代人的自由》，阎克文等译，商务印书馆1999年12月版

的僭主政治　道统的象征一旦被毁，新的统治者就必须既是恺撒、又是上帝。在两千年的政治合法性火炬被吹灭后，新的自由选举和社会契约论的政治合法性尚未建立之前，新统治者不可能仅凭暴力和机遇而君临天下。

最能说明此节的即1916年袁世凯去世后到1928年间军阀政治的失败。新统治者的政治哲学任务，是建立一套新的政治仪式和政治伦常。从这一视角观察袁世凯的复辟，复辟不过是袁对政治合法性危机万般无奈的回应。袁世凯上台后的政治实践，并非简单的个人野心的膨胀。从制度的深处看，府院之争和中央与地方的冲突都是君主制被废止后“道统”与“政统”之间的必然紧张。这种紧张直到孙文提出“五权宪法”和“一个国家、一个政党、一个主义”的现代意识形态主张方才缓解。自儒家兴起后，“君师合一”的政治传统曾在中国史上消失近两千年。从孙文始，中国的政治领袖开始重新回到“君师合一”的传统。但缺乏此类现代意识形态支持的袁世凯，最终发现自己手中的强权“失去了传统的依据，又无法提出现代的依据”[②]（费正清），最终不得不回归“君主制”的本土资源，方能维持住事实上的集权体制，方能应付现代政治的“府院之争”。袁世凯之死，是真正的君主制之死。随后中国进入了一个争夺事实上的“天子继承人”（费正清语）的残酷竞争时期。

余英时曾问，“民国以来，皇帝制度已经从中国历史上消失了，但是无形的精神上的‘君统’是不是也一去不返了

① 参见费正清主编：《剑桥中华民国史》（下卷），第四章，中国社会科学出版社1993年版。

呢”？[1] 他的回答是直到今天，“至少从形式上看，废除中书省、打乱行政系统之类的君权仍然存在。相信君权的绝对性，也许会在我们的潜意识里发生一种暗示作用，使人相信权力集中在一个具有 charisma 的领袖之手是最有效率的现代化途径”。有论者指出，袁世凯之所以在民初战胜革命党人，一个重要原因便是乱世之中人民渴望强权人物，而袁世凯当时被普遍视为能够得到各方面认同的强势人物。他比较革命党人更加温和稳健的主张更符合当时国内大多数人的立场。废除君主制无非是为此类强权人物的僭妄提供了条件。辛亥之后，余英时所说的“相信权力集中在一个具有 charisma 的领袖之手是最有效率的现代化途径”，成为层出不穷的政教合一的领袖及其广泛追随者的主流思想

君主立宪制的主张，为什么会在当时革命军并不具优势的情势下被各种政治力量迅速摒弃？除上述袁世凯、孙文等人对于缔造共和的开国之君的个人梦想和袁本人的政治投机选择外，清皇朝的异族统治是致使帝制被废的根本因素。革命党最具影响力的口号不是“建立民国”，而是“驱除鞑虏”。“排满”其实是这场全国革命暴动的一种本质。梁启超在发表《新中国建设问题》后很快意识到这个难题，他派人去上海、北京活动，意图说服清室“改中华国，从汉姓”。又建议把孔子后裔“衍圣公”请出来做皇帝，可惜杯水车薪，不可扭转局势。

3.2 内阁制与总统制

孙文归国抵达上海的次日，即12月26日，召集了同盟会

[1] 参见余英时：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社1995年版，第119页。

最高干部会议。讨论政府组织形式及总统人选。这次会上，年轻的宋教仁提议采用内阁制，受到坚持总统制的孙文竭力反对。讨论持续到晚上，双方“面红耳赤、几至不欢”。关于这次争论，孙文的亲信胡汉民和宋教仁的传记作者及其朋友们的记载各执一词，殊有不同。迄今史家认为各有不实之处。

宋教仁主张政党内阁，以政党政治在议会上展开政治博弈。这一主张是在“道统”的意义上彻底废除君主政治，对共和政体下的“大总统”也要尊其贵而虚其位。而孙文这时的态度反映出其只反君主制“政统”、不反君主制“道统”的倾向。他在评价内阁制与总统制时，认为内阁制“断非此非常时代所宜”，在此非常时代“吾人不能对唯一置信推举之人，而复设防制之法度”，而“误革命大计”。有人站出来说，这样的人唯有先生一个。“此言一出，众皆翕然”。宋教仁在压力下最终屈从。临时政府在孙文就任大总统之后，采纳了一种比皇帝权力还要宽泛的总统制。从立宪政体的意义上看，要这样一个总统，不如要一个接受《宪法重大信条十九条》约束的宣统皇帝。

余英时所谓“相信权力集中在一个具有 charisma 的领袖之手是最有效率的现代化途径”的君权思想，由此可见一斑。那个以后要求党员宣誓画押、绝对服从的列宁式领袖的影子，也可以略微看见。但是，在孙文以“非常时期”需要非常威权的理由反对宋教仁的内阁制，坚持董事长兼 CEO 之后仅仅 3 个月，袁世凯在北京宣誓就任临时大总统，第二天孙文便仓促在南京颁布了《中华民国临时约法》，戏剧性地转而采纳宋教仁当初的内阁制构想，意图牵制袁世凯的权力。从政体选择的意义上说，袁世凯接替孙文就任临时大总统，对民初立宪实践是一件好事。至少使宋教仁的政党内阁和议会政治的主张获得了

一个失败的机会，使民初的宪政建设和政党政治曾经达到一个高峰。在孙文的总统制下这一切将没有机会发生。

如前述袁世凯上台后的府院之争，实质是道统与政体之争。尽管临时约法把责任内阁制绑在了袁世凯身上，但当时的民众普遍希望出现一个强有力的政府（这也是孙文当初坚持总统制的原因），希望总统事实上是一个“天子的继承人”。因此袁唐之间矛盾升级，唐绍仪的第一届内阁垮台时，国内舆论普遍支持袁世凯。连同盟会都没有给予唐绍仪应有的支持。无论袁世凯还是孙文，抑或当时大多数民众，骨子里面的专制主义意识形态都是如出一辙的。相信武力、相信乾纲独断，并相信意见纷纭是祸乱之本。袁世凯在1912年对新闻舆论和政党林立表示不满，认为其“怀挟阴私、飞短流长”，将使共和时代遭遇灾祸。孙文在1912年让位时提出定都南京，企图以此牵制袁世凯。遭到章太炎、宋教仁和大部分议员的强烈反对，认为这么做无异于放弃满、蒙。最后参议院投票表决结果奠都北京。此结果让孙文大为光火，不愿接受。在黄兴等人的斡旋下，迫使参议会再次投票，按孙文的意见定都南京。这个例子是对余英时“君权还在不在”的答复。

在辛亥年，通过革命赢得了一个机会，即把一个名义上的“皇帝”拉入宪政体制。君主制被废等于断送了这个机会。接下来的百年宪政转型，则企图把一个接一个事实上的“皇帝”拉入宪政体制。宋教仁被刺原本可以成为这一努力的又一起点，当时政府与刺宋案有关的证据被新闻媒体曝光，在相对独立的司法局面下，主审法官坚持公开传唤国务院总理赵秉义到庭作证。以前一直站在孙文一边的黄兴，也主张在宪政框架中寻求法律解决，最终与孙文分裂。随后孙文一意孤行，贸然发动二次革命，在国内外失去普遍同情，结果几乎使革命党的力

量毁于一旦，袁世凯的声望却达到一生之顶点。孙文感到乾纲独断的重要性，要反袁世凯的独裁，自己就必须独裁。二次革命是一个标志，意味着孙文决意放弃宪政框架，在海外重组秘密会党中华革命党，开始倒向本土资源的君王"道统"。辛亥革命在完成一个古典共和制的外壳之后，随即就在孙文手中开始了"秦政"的现代转型。

3.3　联省自治与中央集权

有论者认为，清朝设立省制，中叶之后各省督抚权力日益扩张，尤其在同治中兴的过程中，地方大权慢慢移至汉人督抚之手。这是大一统的皇权思想被削弱的一个重要因素，也是辛亥之后帝制被废的一个历史的"路径依赖"[①]。

"共和"建立在个人对国家、地方对中央的层层授权，参与和让渡之上。地方自治是立宪政体的题中之义。因此真正与宪政格格不入的本土资源，不是君主制政体，而是春秋大一统的中央集权体制。以孙文为首的革命派几乎无人认识到这一点。能超越"君主立宪"和"民主共和"的政体之别思考问题的只有章太炎。他在民国之初就公开宣称："民主立宪、君主立宪，此为政体高下之分，而非政事美恶之别。专制非无良规，民主非无秕政。"

孙文在与袁世凯见面后一段时间，曾真心诚意推崇袁氏，主张同盟会为袁世凯的强势政府让路。他和黄兴先后宣布退出政治舞台，转而经营实业。并对宋教仁的政党活动多有批评。这与孙文当年坚持总统制的初衷是一致的，即信奉领袖人物的

---

① 参见刘伟：《晚清督抚政治：中央与地方关系研究》，湖北教育出版社2003年10月版，第四章《督抚与晚清改革》

乾纲独断。这种集权思想从他组织秘密会社开始，直到晚年建立列宁主义式的党治模式，可谓根深蒂固。直到1923年的国民党党章，正式取消领袖的选举制，直接任命孙文为党的领袖，并规定其享有“对全国代表大会和中央执行委员会任何决议的否决权”。经过此起彼伏的革命运动，革命领袖的“天子继承人”身份，不是被淡化，而是被不断强化。结果中国政治的宪政化，在不断革命之中反而不断倒退。对国家最高权力的制约程度，远远落在清室1908年立宪诏书的水准之下。

君主立宪与民主共和的国体问题之后，接着是中央与地方之间的政制问题。无论孙文还是袁世凯，他们当时领导的事实上都是一个联邦主义的共和国。在清末袁世凯主政的7年间，作为开明的立宪派人士，袁积极推行地方自治，在各省设咨议局，进一步将清末以来地方自治、皇权衰微的局面引向立宪制的方向 这是辛亥革命一声炮响能够得到地方响应的根本原因。各省以立宪派为主一夜之间宣布独立，可谓举重若轻，水到渠成。立宪政府建立之后，各省事实上的独立状态依然在相当程度上保持着。

在春秋大一统的集权思路之下，地方势力在历史上被统称为“割据”。而辛亥年间面临的一个可能性，是持续了较长时期的地方自治局面，如果能够在民主共和的现代政体中，找到新的存在与整合的理由（如联邦体制和20年代的联省自治运动），就可能有助于打破中国两千年的大一统意识形态。在两千年帝制的灰飞烟灭之后，再一次推动两千年中央集权体制的灰飞烟灭。但在这方面，袁世凯和孙文也表现出惊人的相似。袁成为“天子的继承人”后，先和内阁发生冲突。中国的政治传统不支持在独尊的领袖之下的分权理论，因此袁世凯最终取得胜利解散内阁，直至以后解散国会，并在天坛宪法草案中把

内阁制改回为总统制。这些举动在当时均得到了舆论和民众的高度支持和默许。接下来袁世凯一改当年推进地方自治的态度，开始循着中央集权的传统思路对独立的地方进行改制。而孙文在南方与陈炯明之间的冲突，其实质也是孙文的中央集权思想和武力统一全国的主张，和陈炯明主张联省自治、反对武力统一的英美式立宪道路之间的尖锐矛盾。

孙文早年受英美思想影响较大。但他的"两千年之秦制"的春秋大一统思想，更加深入骨髓。他对英美宪政的理解远不及宋教仁、章太炎乃至陈炯明等人。如前述在秘密会社的革命运动中，专制主义和乾纲独断的组织手段成为革命运动不可或缺的资源。专制手段与民主目标之间的那条鸿沟，在革命屡受挫折之后，孙文业已意识到了。他改弦更张，从英美式的立宪主义蓝图转向本土的中央集权模式与苏俄式党治的结合，决意以"先知先觉"对大众进行无期限的"训政"。从孙文、袁世凯到之后诸公，辛亥革命后超越了"秦制"范式的政治家，只有主张法治主义道路的黄兴、主张议会主义道路的宋教仁，和主张联邦主义道路的陈炯明。孙文则先后与他们三人发生分裂，最终开创出中国史上前所未有的意识形态政体，和国民党长达80余年的以党训政的模式。

地方政制方面。1912年参议院通过省官制案，仿普鲁士的做法，在中央集权与地方自治局之间进行妥协，将地方政权分为自治机关和官制机关。议会自治，省长则由中央简任。这一做法一则照顾到各省事实上的独立状态，二则也是袁世凯一贯推崇的德国思想的痕迹。即便如此还是遭到了各省督军的通电反对。以后再提出"虚三级制"，即虚省一级，变为事实上的二级政府。熊希龄内阁则正式提出废省计划，认为明清政治所以不如从前的原因就在于省一级坐大，所以主张回到汉宋之

制，实行三级政府。熊内阁想以此削弱地方军阀，将地方势力纳入宪政体制中来。认为地方割据有碍于政治统一。这是典型的春秋大一统思维方式，原意是削弱地方，却为中央集权的兴起再次张目。

1913年，袁世凯下令各省军民分治，未取得效果。二次革命后袁的声望实力达到巅峰，自认时机成熟，于1914年6月30日下令裁撤各省督军。以后慢慢演变为由中央任命各省省长。这一中央集权制的短暂胜利建立在袁世凯本人的威权之上。1916年袁世凯去世，各省即刻恢复事实上的独立状态，从此到1928年国民党完成北伐，中国处于所谓"军阀混战"时期。但所谓"军阀混战、民不聊生"，是在大一统思想下历史学对于1916～1928年历史的简化。事实上一百多年来君权羸弱下的地方自治局面，终于在此时达到高峰。袁世凯之死带来了一个难得的既无皇帝、亦无僭主的威权人物的"真空"时代。如果地方势力能够支撑足够长的时间，北京政府的宪政实践能够为地方自治提供新的合法性根据。真正对君权道统起到颠覆效果的新文化启蒙运动如果能够提前；更重要的是，如果这一切能发生在新的"天子的继承人"涌现之前，中央集权的专制主义道统就可能在事实上的强有力的地方自治局面下得以瓦解，"两千年之秦政"亦失去最重要的根基。另一方面，地方的分治也将在横向的维度发生作用，削弱中央的政教合一的地基。

历史假设对于学术研究的作用，是使人注意到历史的确在某时某地敞开了它的可能性。以军阀混战的代价给予了中国清除中央集权思想的再一次机会。各地军阀中，以山西的阎锡山和广东的陈炯明为杰出代表，另外也有冯玉祥。阎锡山以"模范长官"闻名于世。他在山西推行社会改革，包括废除缠足，

有限度的改进妇女教育，改善公共卫生和教育。袁世凯在1914年曾颁布《地方自治章程》，推行地方行政试验制度。阎锡山秉承其志，于1917年推行“山西村制”，利用乡绅通过教育和改造公共道德以求乡村复兴，成效斐然，得到儒者梁漱溟的好评。孙文在南方穷兵黩武、梦想以武力统一全国的十年间，中国北方各省局势稳定、各项民生事业得到渐进发展，地方议会的建设也日渐繁荣。除了少数军阀，大多数地方主事者对内都较为开明，积极兴办各项事业。即使后来臭名昭著的大老粗如山东军阀韩复榘亦是如此。举两个例子，一是20年代初，有一场鼠疫自东北边境开始，迅速波及华北各省。北洋政府的卫生部门体现出极高的效率和医疗水平，在中国史上第一次成功遏制住了鼠疫蔓延，受到国际社会的高度赞扬。其二是在整个北洋政府时期，全国各地的司法部门，都遵从大理院（当时的最高法院）对法律的统一解释和司法判决的权威。袁世凯就任总统之初，随即发布命令，“现在民国法律未经议订颁布，所有从前施行之法律及新刑律，除与民国国体抵触各条应失效力外，余均暂行援用，以资遵守”。这一命令成为清末民初整个法律体制全面继承的依据。1912年原大理院正卿出缺，袁世凯改正卿为院长，任命许世英为大理院第一任院长。之后大理院的存在不但超越了帝制和共和之别，也超越了北洋政府的人事更迭。在各地军阀各自为政的时候，全国司法通过北京大理院的判例“造法”而维持了统一。连宣布独立的省份，也均承认大理院的最高司法权。这是中国宪政史上前所未有的一项制度成就，意味着政统与法统的分离[①]。从上个世纪

① 参见韩秀桃：《司法独立与近代中国》，清华大学出版社2003年10月版，第301页

10年代末到20年代，被称为民国的"黄金十年"，这一评语并不包括孙文控制下的南方军阀治域。

在广东，陈炯明受西化教育影响甚大，早年活跃于广东咨议局。他主政期间设立新学校，为留学生提供资助，沿着更为民主的道路改革广州政府，促成了第一个地方民权法案的出台和反对军人干涉民政的条款。上世纪20年代，他发布《告广东父老兄弟文》，主张广东人民"共治共享"，成为联省自治运动最有力的推动者[1]。

所谓军阀时期，所有地方军阀都在形式上保持了对于文官传统的尊敬和对北京政府的承认。这有些类似春秋早期诸侯国对于周室名义上的遵奉。北京政府反复的宪政实践也一直在持续进行。没有一个军阀另立中央。恰恰相反，1917年孙文割据广州，自立为"中华民国军政府"大元帅，对外宣称为中国之唯一合法政府。1924年再次在广东就任非常大总统，宣布不承认北京政府。是所谓军阀时期唯一的两次国家分裂。因此1928年国民党完成国家统一之说是大可商榷的。一则国民党分裂国家在先，从二次革命开以武力解决党争的恶例以来，始终坚持武力征服的道路，事实上放弃宪政共和理想转而谋求独裁政治。二则这种看法取决于对"统一"与"割据"的偏见。在中央集权的思路下看，军阀割据即是分裂。但全国的立宪政府框架依然存在，全国不但在名义上、而且在大理院的最高司法权上维持着政体的统一（但不再有行政威权的统一），军阀割据不过是走了样的地方自治。这种局面最终在大一统的集权思想下被武力消灭，而未能在联邦制的现代合法性依据下演变

[1] 胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》，中国社会科学出版社2001年5月版，第260页

为“秦制”之外的新的治道。辛亥之后有一个基本事实，恰恰是那些被诟病的地方主义者坚持着国家的统一，那些被赞扬的中央集权主义者却不断制造了国家的南北分裂，其后果持续至今。

3.4　政党政治与党治国家

革命胜利，袁世凯就任临时大总统后，同盟会应何去何从？革命者的下一个身份将是什么？孙文、黄兴等人对此显然缺乏认识。孙文一度对袁世凯充满信心，甘愿让路，决意以在野身份从事修筑全国铁路的实业建设。他对经济的认识主要出自国家昌盛的民族主义和民生主义（社会主义）的目标。尚未注意到经济和民间社会的成长之于民主政治的关系。他的另一个想法是主动从事较不重要的工作，好将政治舞台“禅让”与袁世凯一个人去表演。这一点也许在道义上为后人称道，但孙文并非在作一个道德决策，而是作一个政治决策。这一抉择和他对不受制衡的领袖强权的崇尚是相一致的。作为当时最重要的政治力量的领导者，一个在野党的党魁。不在宪政框架创设之后去推动和稳固其发展，不在政府之外形成最重要的批评与监督的力量，不去从事政党政治的竞争；反而舍本逐末投身铁路建设。这是孙文在辛亥之后一个巨大的政治错误。显示出他留美多年，对于英美民主政治的理解却过于肤浅[1]。以革命党人半壁江山的实力，倘若同盟会在孙文领导下形成第一大反对党，积极推动政党政治和责任内阁制，致力于消解君权的道统。民初议会政治和宪政实践的高峰就不会随着宋教仁的遇刺

① 袁伟时：《孙文在辛亥革命后第一个十年的迷误》，部分内容见《政治策略与民主宪政的历史经验》，载《战略与管理》2000年第6期。

而终止。更不会从一个极端走向另一个极端，轻易放弃宪政框架，从此陷入不断革命的泥潭。孙文有此实力，却自愿放弃将袁世凯拉入宪政体制的政治努力，反而对宋教仁的工作多加指责。

对同盟会在国家政治中的作用与地位，孙文与宋教仁的看法也相左。宋教仁主张同盟会应从秘密状态转为公开状态，成为公开谋求组阁的政党，在宪法框架内从事议会竞选活动。从同盟会到国民党的整个改组工作也由宋教仁一手主持。宋教仁的目的是要把同盟会从"革命党"变成"执政党"，体现了他对于宪政框架的尊重和信心。但孙文坚决反对改组，他希望同盟会保持随时东山再起的革命团体的性质，换言之就是希望同盟会超越在宪政体制之上。孙文对袁世凯也并非全无戒心，宋教仁的解决办法是通过政党政治的竞争去预防袁世凯的蜕变，这是一种立宪主义的路径。孙文的方法却是在自己手中保留暴力手段的威慑，当袁世凯有道时选择退出政治舞台，当袁世凯无道时则随时准备拔枪。这种反宪政主义的暴力革命路径，正是中国历史上反复治乱的一个根源。因此宋教仁一旦遇刺，孙文便从一个极端滑向另一个极端，从此走上以"革命"的独裁对付"反革命"的独裁之路。1928 年国民党完成北伐，费正清评论说，"自 1928 年起至今日，中国的政府便一直受着这个或那个列宁主义式的政党监督"[1]。

对同盟会的前途，章太炎等人的看法更加激烈。辛亥之后章就大唱"革命军起，革命党消"的主张。此主张与宋教仁从革命党到执政党的选择虽然有异，但对革命党的继续存在将给

[1] 费正清主编：《剑桥中华民国史》（上卷），杨品泉等译，中国社会科学出版社 1994 年 1 月版，第 288 页。

宪政体制带来潜在危害的警惕和担心则是一致的。一些党内元老给孙文致函，要求其“为民国前途计”，正式宣布解散同盟会。如此“可免陆军行政上无数之障碍”。同盟会当时事实上控制着民国军队，这正是党治开始超越于宪政之上的征兆。“革命军起、革命党消”的实质是主张军队国家化。一支脱离在政党势力之外的军队是政党政治得以展开的前提。这也是宋教仁改组国民党主张议会道路的题中之义。即放弃对军队和秘密会社手段的控制，转而在宪政框架内展开与政敌的合法角逐。在民初的立宪史上，唯宋教仁堪称一个失败了的“中国宪政之父”。

章太炎在其主张不被接受后，转而组建统一党，公开声称与同盟会对立。他在给梁启超的信中说同盟会“气焰犹胜、暴行孔多”，自己组党的主要目的便是“以排一党专制之势”。

民国初期，一时间政党林立，蔚为大观。章士钊提出“毁党造党论”，主张解散所有政党，然后重新组成两个党，实行英美式的两党政治。事实上“两党论”在民初得到了立宪派和革命派的普遍支持。这种局面被孙文痛心疾首地视之为革命队伍的“分裂”。在民初的政党政治中，孙文的位置实际上已被边缘化。他后来的反复兴起，伴随着民初宪政建设的反复失败和暴力革命的不断继续。

第八章

宪政与中央集权

1. 本土化与异地为官

选举对民意合法性的依赖，带来与中央集权制及其人事特权格格不入的一个特征，即地方官员的本土化原则。

在各国早期的选举法中，程度不一的要求候选人必须在选区内有一定的居住时限。如英国1918年《国民参政法》要求拥有选举权与被选举权的条件是"6个月以上"的居住期限，1928年后降低到3个月。美国也要求参议员、众议员及州长等官员必须在选举时是其选出州的居民。居住地是划分选区和拥有被选举权的天然标准，在选举制度下，地方行政首脑的合法性来自自下而上的同意，这种民意的基础必须要求地方首脑是以本土利益为重而不是以国家整体利益为重。他是本土民众利益的代理人和地方领袖，而不是一个中枢机构派遣的行政下级。选举制度和封建制度有一个共同点，一个通过民意、一个

通过封建契约，都暗含了扶持和容纳地方自治的因素。它们共同的反面是中央集权体制。

任何一种中央集权制，都是和地方选举制度背道而驰的。在官员的人事上它们呈现出两种差异性原则，一是异地为官，如清代“不得官于其乡五百里以内”的定制；一是本土化原则。异地为官是中央集权制控制行政的主要技术手段。中央集权与地方选举之间，凸现出地方自治和行政控制两种价值目标的鸿沟。选举制度的本土化原则产生地方自治的倾向，从而对异地为官原则和整个中央集权制构成本质上的冲击。一旦中央不能自由任免地方主要官员，中央集权制就不复存在。如在法国的中央集权体制下，省长是国家权力而非地方利益的代理人，他直接代表中央政府和中央各部。尽管法国也有地方选举和地方议会，但中央政府依然保留着对地方官员的人事任免权，在1982年“地方分权”改革之前，法国的地方事务几乎均受中央政府支配[①]。不过法国拥有数量巨大的市镇自治体，这些自治体人数很少，大部分只有相当于中国一个自然村的人口，但都拥有9~37人的市参议会。法国地方基层的直接民主色彩也很浓，它的参议员总数是全世界最多的，高达47万人。即使在地方分权改革之前，它的所谓中央集权模式和其它一些巨型共和国的中央集权制仍然有天壤之差。

法国在1982年后，中央对地方的行政控制开始削弱，控制的主要手段从直接的行政干预转向了间接的司法审查。法国

---

① 在维新变法和清末立宪中，很多人已对法国的中央集权制有认识。如梁启超认为法国虽号称民主，但民主绩效反不如英国，就是它的地方自治之力不如英国的缘故。见梁启超：《答某君德国日本裁抑民权事》，《饮冰室文集》卜—

的中央集权体制也进一步转往宪政化的方向[①]。这表明单一制国家也可以导入高度的地方分权因素[②]。

古代中国也有乡镇自治的传统，那是一种精英化的士绅自治。这一传统在很大程度上削弱了中央集权制的实效[③]。有学者也借助这一古典的乡绅自治原型，将现代的乡村自治理想称之为“村镇共和”[④]。从共和的观念看，一个宪政国家不可能仅在中央一级是宪政的，而在地方是集权的。由一个全国范围的单独民意去支撑和垄断整个政权的合法性基础，显得单薄而

---

① 钟群：《比较宪政史研究》，贵州人民出版社2003年版，第95页。

② 参见季卫东：《宪法的妥协性——对联邦主义及社会整合的看法》，这是作者在“未来中国国家结构与宪政体制”学术研讨会上的发言稿。意大利1968年颁布州制实施法的事实也证明了单一制国家可以导入高度地方分权。塔罗（Sidney Tarrow）在分析法国和意大利这两个国家的地方自治性时指出，法国的市长比较顺从中央官僚机构的技术性政策，而意大利的市长更倾向于顾客政治，利用中央官僚机构来达到地方的目的。作者指出日本也是单一制国家表现出若干联邦制特点的一个典型实例。作者因此认为，发展地方自治不一定非得采取联邦制，单一制政体下的地方自治也是一种选择。但这是以地方自治而非以联邦主义为进路的思考，或仅以地方自治为联邦主义的主要现实目标。

③ 如韦伯认为“正式的皇家行政，事实上只限于市区和市辖区的行政”，见《儒教与道教》，洪天富译，商务印书馆1995年版，第145页。萧瀚认为中国古代在春秋大一统的表象下，有着高度的地方分权，甚至在立宪主义兴起之前，中国的士绅自治和科举制等制度因素，使古代中国在“中央与地方分权领域可能是解决得最好的国家”。萧瀚：《科举宪政制论略》，载胡晓明编：《读经：启蒙还是蒙昧》，华东师范大学出版社2006年1月版。

④ 刘军宁：《土地财产权与村镇共和》，九鼎公共事务研究所网站，www.jiuding.org。清末，黄遵宪主张地方自治，也很看重中国传统的乡村自治原型与现代的地方自治诉求之间的融合。他呼吁地方士绅“自治其身、自治其乡”，积极参与学校、水利、商务、农事、实业和治安等本地应兴应革事宜，再由“一乡推之一县一府一省，由一省推之天下”，“追共和之郅治，臻大同之盛轨”。转引自吴桂龙：《晚清地方自治思想的输入及思潮的形成》，见宪政论衡网站，www.xianzheng9.com。

危险。单一的民意因素被无限放大，很容易导向寡头体制。一个较大人群的民意，也没有足够的正当性在一切地方事务中去顶替和漠视一个较小人群的民意。因此地方选举既是民主制度的题中之义，还具有一种特殊的宪政意义，在民主概念的内部形成一个民意的梯形，用复合的民意去制衡单一的民意，用地方自治去制衡中央集权。在地方与中央的关系中，民主与宪政的目标呈现出一种互动的关系。因为地方的民主化，就是国家的宪政化。

地方政权如不真正实行选举制度，在异地为官的人事原则笼罩下，地方政府在本质上就是一个外来政权[1]。公共权力主要掌握在一批由垂直人事系统控制的外地干部手中。易地为官原则暗示了地方在政治制度中的客体化，取消了地方利欲在国家体制中的正当性。地方政府的主要职能，扭曲成为以一个外来者和"殖民者"的身份去攫取地方物力和维持地方秩序[2]。

---

① 清末戊戌维新派普遍主张自地方自治，在中国史上第一次对这种易地为官的外来政权特征进行了揭示和抨击。如谭嗣同批评在易地为官制下，异地赴任的地方官在所辖之地往往"视民如驿卒"，而民则"视官如路人"。见《谭嗣同全集》（下），中华书局1981年版，第439页。梁启超则斥道："以数千里外渺不相属之人，而代人理其饮食、讼狱之事，虽不世出人才，其所能得者几何矣"。见梁启超：《戊戌政变记》，中华书局1954年版，第133页。更早在1898年初，黄遵宪时任代理湖南按察使，在湖南襄助推行新政。他在发表演讲时将朝廷任命的地方官称之为"宴会之生客、逆旅之过客"，并称这种官僚制度是"举吾身家性命田园庐墓"，"委之于二三官长之手，曰是则是，曰非即非。而此二三官长者，又委之幕友书吏家丁差役之手而卧治焉，而画诺乞啸焉"。见《湘报》，中华书局1965影印本，第五号。

② 澳大利亚汉学家古德曼在研究中国西南地区（李井泉时代）政治关系时，提出"内部殖民"的概念。笔者在2006年2月参加悉尼科技大学"和谐社会与政治文明"国际研讨会时，蒙古德曼先生惠赠他研究1949年后中国西南地区的论文，英文稿未刊。

地方利益诉求的实现，高度依赖于行政系统的人事效率和国家中枢那些相对遥远的分权制衡机制，无法得到一种民主化、地方化和宪政化的及时保障[①]。另一面，地方的民主选举对中央政府来说，也有积极的意义。允许地方官员通过当地人民选举产生，类似于在诉讼制度中将对事实的判断交给陪审团，从而卸下法官对案件实体负责的角色负担。地方选举也一样，它转移了地方官员的权力合法性来源，同时也转移了上级政府在人事上的政治责任和风险。承担一切人事任免的责任风险，正是中央集权体制在政治上最沉重的代价之一[②]。每一次人事授权的失误，都直接伤害中央政府的权威。

易地为官是与责任政治相反的一种官僚制。在中央集权制下，如果权威向下的复制和传播是顺畅的，制度上的代价则是责任和风险向上的复制和传播也将是"顺畅"的。有学者研究明代的州县政治体制，指出州县行政权的不自主，是古代地方政治一贯的特点[③]，造成官僚们事事向上请示的恶习。"请示汇报"是中央集权体制和易地为官原则的必然产物。处理问题的级别越高越有效，越说明问题受重视，越不伤害地方权力的正当性。这恰是地方行政制度严重丧失责任能力、甚至濒临无效的危险信号。这种无效是中国两千年中央集权制潜伏的一个恶性肿瘤。如果所有官员的合法性都来自一个自上而下的最高权力中心，"成我者惟上，格我者亦惟上"[④]，尽管成文法上有纵向的权限划分，这种划分只是功能性的，因而也是临时性

① 参见本书第11章第2节"乡镇的自治与限政"。

② 参见本书第三章"邪己诏与孔多塞定理"一节。

③ 参见柏桦：《明代州县政治体制研究》，中国社会科学出版社2003年版，第178页。

④ [清]徐栋：《牧令书》卷五《事上序》，转引自柏桦书。

的。中央在理论上有权干预地方的一切政务，随时有权将留用给地方的权力拿过来自己直接行使。这种一竿子到底的行政权，由一竿子到底的人事权带来，也由一竿子到底的权力合法性所决定。官僚们为规避责任，往往也就学会了审时度势，向上转嫁政治责任[1]。因此中央集权的程度越高，中央的政治合法性的耗散速度越快，民众对中央的不满普遍超过对地方的不满，中央政治的崩溃速度超过地方政治的崩溃速度。尽管“反贪官不反皇帝”是历代造反策略对政治合法性的一种迁就，但皇帝总是比贪官垮得快，中央成为中央集权制下的“冤大头”。

易地为官原则，也致使任何“问责”或引咎辞职制度不可能赢得说服力。前述梁启超说“必君主无责任，然后可以责诸大臣”。同样的道理，必中央无责任才能责诸地方，必省市无责任才能责诸州县。“有限政府”不但是有限权力的政府，也是有限责任的政府。和公司制度一样，一种良好政制的目标，

---

1. 如2005年6月4日，湖南将嘉禾搞野蛮强拆的县委书记和县长撤职。据新华社报道这是中共湖南省委经国务院批示进行调查之后，做出的决定，并经国务院第52次常委会议“同意”。第二天郴州市任命了新的县委书记，并提名了新县长。按目前政党的人事制度，市委有权任命县委书记是常态，撤一个县长要省委研究、经中央政府同意，是非常态。从湖南的一个市到国务院，之间千里迢迢，中间经过各级领导官员的同意链条，这既是一个权力传输也是一个责任和风险传输的链条。平常地方人事任免不会惊动中央，各级政府或中共党委在程序上有权限划分。但嘉禾的野蛮强拆显然引起了巨大的社会舆论压力。这种情况下地方党委和政府往往就不敢擅作决定，因为害怕承担决策的责任。中央也可能担心地方的擅作决策给自己传递风险，而往往选择主动干预。这时易地为官体制下的“潜规则”就出现了，正如案件有重大社会和政治影响可能改变司法管辖权的级别一样，面对重大事件，书面上的政府权力纵向划分就会失灵，让位于一套垂直化的请示和批示制度。但到底请示和批示到哪一级，又将“问责”到哪一级？只能视影响大小和时运好坏。所谓道心惟微、人心惟危，制度也就因此失去了基本的可预期的功能。

是不能让政府负担无限责任。但集权制度却和政治上的无限责任连在一起，权力越集中，政治责任越沉重。一种良好的政法制度，不应允许、也不能鼓励地方把自己权限内的问题提交到上级权力部门去。因为这等于陷上级政权于不义。有限责任的政府，是指每一级政府都是有限责任的政府。政府责任的有限，依赖于纵向上的明确分权。地方的权力为地方的人民所授，公法上将各级政府的权力范围厘清。问责和引咎到哪一级，才会顺理成章，不会有替罪羊，也不会因害怕当替罪羊而推诿责任。责任的边界如不由权力的边界决定，就只能决定于天灾人祸的大小。在垂直的人事权和自上而下的权力合法性下，“问责制”无法合理化地掐断责任和风险的向上移动，无法防止最高权力中枢成为一切政治责任的“多米诺骨牌”的最终归咎点。

2. 中央集权下的地方政制

中国史上中央集权的发展，皇权对相权的侵蚀，都与地方行政不断的繁复与膨胀、中央到地方的政权级别不断地增添成一正比，明末以后，顾亭林在《日知录》中痛定思痛，认为但凡地方政治干得好，天下就太平。反之则大乱。他说：天下大治，则小官多，大官少；天下大坏，则是大官多，小官少。小官多，大官少，意味着相当程度的地方自治。大官多，小官少，则意味着节节高升的中央集权。

秦汉以来，多数时候中国的政权级别是二级，地方政权为

二级[1]。如汉代沿袭秦制，在中枢之下，用郡、县制。全国有一百余郡，每郡辖十到二十县，共计大概一千一百至一千四百个县。县又分二种，万户之上称大县，牧官曰令。万户以下是小县，牧官曰长。类似今日之市级和县级县。汉代的地方政府自治权较大，一个郡的太守就与中枢的九卿同级别（二千石）。朝廷也只任命郡县长官，地方政府的组成中央有所不为，由太守、县令去自行“辟署”。即便如此，这个名义上的三级政府由一个大官少的中枢来管理小官多的地方，还是捉襟见肘。因此汉一代又把全国划为十三个大区，各派一个刺史，归三公中的御史中丞统辖，负责对地方的调查考核。这个刺史一开始只不过是俸禄六百石的小官，也不长驻地方。但就是这个刺史制度，慢慢演变成了后来的行省。

汉代的地方政权，最为简约。到了唐代，一方面中枢越来越繁复（大官越多），另一方面地方也繁复起来。唐的州县制，名义上也是二级政府。但州已增至三百五十八个，全国共计一千五百七十三县。即是说县一级增加并不多，但与中枢之间的纽带却增加了二倍有余（大官越多）。三百五十多个二级政府中央实在管不过来，也如汉一般，将全国划为十个道，各派一名监察御史，后来称为观察使。这时观察使开始长驻地方，名义上是中央官员，实质上已成了州之上的一级政府。小官慢慢成大官，小鬼终于升城隍。地方政权事实上已有三级。地方政府的级数增多，意味着中央集权的加强，和对地方自治权力的收缩。官员的任命权开始集中于吏部，不再允许地方长官自行

---

① 本节考察中国古代中央与地方政制的沿革史料，除有另注明外，主要参考钱穆：《中国历代政治得失》，三联书店2002年版；喻希来主笔：《中国行政区划改革研究——历史、现状与改革模式》，北京当代汉语研究所2002年编印。

辟署。

按钱穆的观点，地方行政是一代不如一代。宋朝的地方也是三级，最高一级称为“路”，先是十五路，后来扩到二十余路。每一路有帅、漕、宪、仓四个长官。地方官要巴结的人越多，就越难做。再到金、元，事实上的省级机构进而一变，正式的行省制度终于确立。名正言顺之后，所谓“行省”就慢慢成为“坐省”。学者刘大生认为“在中国历史上，绝大多数时间里都没有省级地方政权建制”，此说并不确切。再到明代，把全国划为十三个“省”（承宣布政使司），这个“承宣布政使司”作为地方最高一级政权区划的称呼，实在不伦不类，后来就通称为省。省长叫做“布政使”（从旁还有其它二司）。省以下又设“分司”（类似1949年后的地区行辕），县以上又有府。如此地方政权就有四级，县、府、分司（清代改称道）、省。何况布政司之上还有巡抚和总督。明代的督抚只是临时委派，一般不常设，派出官员都带有都御史的头衔，表明是中央的特派监察员。但到清代，督抚便慢慢成了常驻机构，一个省一个巡抚，一个总督辖二三省份。这样计算，从汉代到清代，二级政府竟然扩大化为七级政府。

地方政权级数的不断增加，是中央集权的不断强化所致。一县之长，被压到官僚体制的最低层。上下级别太多，权力集中于中枢，使地方官地位低下，不安其位，皆怀有“五日京兆之心”。升迁不易，加剧了清浊之分。一切经营都集中于官场，演变为韦伯所谓的“政治资本主义”。从汉代的二级地方政府算起，后来新增的地方政权建制，都是从中央派出的监察机构

慢慢演化而出。国内学界一直有二级还是三级地方政制[1]之争；清末以来，随着中央与地方力量对比的变化，也一直存在着“扩省”与“缩省”两种针锋相对的地方政制的变迁[2]。但重要的是政府权力架构和合法性来源的重整，而不是立法者预先的建制安排。一种自上而下的垂直行政体制下，地方政府的建制级数有一种天然的增长倾向。预先的建制并不能从根本上保障地方自治，保障地方政权不会被越来越多的“大官”挤压。更不能促使地方成为抑制中央政府专制主义倾向的支点。

另一方面，当地方政权的架构上升到省级甚至省以上的大区一级（比如唐之节度使，清之总督），中央终于承担不了政治风险的多米诺骨牌效应，日益膨胀的地方就成为颠覆中央政权的力量。如满洲政权最终亡于各省独立运动，唐的灭亡亦是如此。但所谓“颠覆”之功，也可能是良性的。地方主义的兴起，在宪政不健全的情形下，对中央集权制有一种消解、抗衡和某种“预备立宪”的作用，如清末庚子之变时汉人督抚的“东南互保”，即是以地方主义的力量拯救了中央的合法性危

---

① 如最近吴国光提出的“县政中国”和王思睿提出的“州政中国”的争论。参见吴国光：《略论“县政中国”——从分权到民主》，载《当代中国研究》2004年第1期，第34～42页；王思睿：《州政中国——大国民主中的地方自治——与吴国光商榷》，http://www.world-china.org。

② 从戊戌变法中康有为的《废省论》以来，省制问题一直是政体变迁史上的讨论热点。参见张范文主编：《中国省制》，中国大百科全书出版社1995年版，此书收录了近代以来关于扩省与缩省主张的重要文献。目前针对地方主义的兴起，也出现了扩省的呼声。2005年，据报道中国的现行省级区划数量可能由现在的32个增加到50个。网络上甚至出现了一张重新划界后的行政区划图。后来有关部门出面澄清，说“那只是一个学者建议方案，并非定案”。

机[1]。魏晋南北朝的“坞堡政治”也是以地方自救收拾残局的例子。民主总是从地方自治扎根的。地方自治的发展如果能得到一个渐进的体制平台，就可以慢慢积累与中枢进行制度博弈的技术，促成整个政治国家的权力架构及其合法性的逻辑转换，最终使大一统的集权化的中央成为宪政体制下接受地方让渡权力而组成的“有限政府”。反之，地方主义的建设力便转为对中央政权的恶性的颠覆力。如清的灭亡，并非出于地方主义的强盛，而是清廷固守中央集权的保守主义立场，不明智的强行打压地方自治所致。1906年端方载泽等人考察西方宪政回国，在《会奏请宣布立宪折》中称，预备立宪必须首先实行的三事，就包括宣布地方自治一项。但清廷随即召开御前会议，却以预备立宪之名意图向着中央集权体制回归。会议确定的立宪四大方针，其一是以中央集权为本，削减督抚权力，向着郡县制回归。这是明显反宪政主义的保守主义改革。随后清廷一味的收回财权和军权，如重设军机处，新增禁卫军，倚重八旗权贵。在督抚的久任制已逐渐打破“易地为官”准则的局面下频繁互调督抚，收紧人事权。如三年内两江总督竟更迭四次，江苏巡抚更迭三次。1906年推行全国预算决算表，将中央与地方的所有费用由“度支部”通盘筹算。这是中国史上几乎从未做到过的“一竿子到底的，最彻底的中央集权的办法”。

---

① 早在戊戌变法时，梁启超对这种地方拯救中央的制度后果已有预见。他在1897年的《上陈中丞书》中，鼓励湖南巡抚陈宝箴，实行湖南自立自治，以免大清江山日后玉石俱焚。他认为，“为今日计，必有腹地一二省可以自立，然后中国有一线之生机”。接着梁启超发表《论湖南应办之事》，主张湖南“自振自保”，然后“结合南部诸省”，“省与省接”到最后，“可以强天下而保中国”。这一思路日后成为民国初年联省自治运动所贯彻的方针。见胡春惠：《民初的地方主义与联省自治》，中国社会科学出版社2001年5月版，第27页。

致使各省群起反抗。在各省搪塞和清廷孤注一掷的坚持下，1910年勉强通过第一份全国预算决算表。一年后各省便在枪炮声中宣布独立[①]。

中央集权的范式，无法促成和容忍更多的精英、财富和文化留在地方，反而长期造就“中央集才”的向心力。加上财政上的集中趋势，不但地方官瞧不起羁官几千里的的地方职位，一般人才也不再安分于地方。京师作为全国政治、文化、财政各方面的中心，吸引全国的人力、财力、物力从四维向中心聚集。魏晋陈群始创九品中正制，全国读书人都往中央跑，造成地方人事懈怠，风俗文化不振。科举制下所谓将天下英才尽收彀中，继续加剧这一倾向。大官越多，小官越少，则精英尽数于高层。大官越少，小官越多，则精英自立于地方。如钱穆指出，唐代安史之乱，两京皆失。当时地方上尚算人才济济，州郡赋税殷实，所以到处可以各自为战，倒转局面。但到了宋代，金兵一旦攻破汴京，中枢跨台，全国之政体就顿时瓦解，一败涂地。到明亡之时，按黄宗羲的考察，当时全国“郡县之赋，郡县食之者不能十一，其押运至于京师者十之九”[②]。这些大一统政权的覆灭教训，正是中央集权制吸干了地方的制度创新和财政、政治自救能力所致。中外历史的经验表明，但凡地方自治发达的社会，“共同体内部极少能扩展为社会爆

---

① 参考胡春惠：《明初的地方主义与联省自治》，第一章《清末地方主义的兴起》，第四节《清庭的反制措施——中央集权》和第五节《地方的反中央集权活动》。

② 《明夷待访录·田制一》，转引自秦晖：《传统十论——本土社会的制度、文化及其变革》。

炸"[1]。反之，地方主义的原则一旦不被政体所容忍，中央的财政汲取能力越强，政治风险就越高。大一统的权力集中制，最后就变成风险的集中制。

3. 地方的人格化

3.1 从"分公司"到"子公司"

地方在立宪政体中的地位嬗变，比拟企业制度的演进，大概有三种模式。

第一是传统中央集权体制下的"分公司"模式。分公司没有法律上的人格，是中央的派出机构。分公司的人事被中枢控制，虽有独立支配的财政收入，但钱在名分上也是拨付和留用的。

第二是上个世纪70年代末以来放权改革所促成的地方的"子公司"化。所谓"子公司"化，是指国家中枢承认地方在财政上的某种独立性[2]，转而在政体上扮演一个地方政事中的

---

[1] 参见秦晖：《传统十论——本土社会的制度、文化及其变革》，复旦大学出版社2003年10月版，第69页。秦晖将中央集权制的传统称为"大共同体本位"，将地方自治的传统称为"小共同体本位"。他对中国史的研究，也指出"大共同体本位"恰恰是造成中国史上周期性的"社会爆炸"的根源。

[2] 除财政联邦主义外，最近几年在建立对非税收的国有资产的管理体系上，地方对大一统的"国家财产权"也纷纷表示不满，财产积累的地方的、个别的经验，对抽象的"国有资产"概念也是一种瓦解。在利益驱动下，地方政府必然会提出对国家财产的"分家"要求。如2003年江苏省向12家省级国有资产经营公司委派监事会主席、专职监事和兼职监事。在省委主要领导的讲话中，着重强调这些资产是"全省人民几十年辛勤劳动积累的"共同财产。这种对地方利益的深切关注，促成了近年来中央与地方分享和分管的国有资产管理体系。

“控股股东”角色。中国的市场化改革是针对地方的一个放权让利过程。由宪法所确定、政治体制所容纳的地方的立法、司法和行政权力，二十多年来得到了较大肯定和事实上的逐步积累。同时财政包干政策也使得财富逐渐集中于地方，加上1994年的分税制改革，地方至少在财政上走向了一种法人化，被称为一种“财政联邦主义”的趋向。市场体制使地方的分殊利益日渐突出，地方作为区域性利益集团，与其它地方及与中央之间，在改革中展开了一个相互竞争和博弈的、针对传统中央集权制的磨砺过程。

地区差异的增大，和市场的一体化倾向。这两个因素使中央与地方之间、及地方之间呈现出复杂的利益冲突，将逐步突破中央集权制的管理边界。不妨对照美国立国初期，因乡镇自治和市场的融合而衍生的联邦化需求。尽管一个是从集权体制向地方主体性凸现的后撤，一个是从地方自治向着联邦的迈进。再以社会福利问题为例，亚当·斯密曾反对英国当年颁布的《居住法》，这部法律限制了穷人的迁徙自由[①]。当时英国要求自治的教区必须照料辖区内的穷人。于是穷人们显然会朝着那些富裕的、社会福利更好的教区流动。教区自治体的利益和竞争力就因负载社会福利的迁徙自由而受到伤害。这和今日后进国家在工业化、城市化过程中出现的问题是类似的。如高度流动人群的社会保障问题，会直接造成劳务输出地与劳务输入地政府在财政负担上的复杂的利益关系。如在赋税的征收上，输入地政府会倾向于属人管辖的原则，在劳工的黄金年龄征收各种社保缴费。而输出地政府必然倾向于属地管辖或要求

① 保罗·海纳：《权利·自由·乡镇自治：重温托克维尔》，载《自由与社群》，三联书店1998年版，第231页

分享输入地政府收取的赋税。否则它们将要在这些人年老返乡进入疾病多发期后负担照料的责任。传统的制度路径是依靠大一统的中央威权裁剪各地的利益，偶尔借助人事权力于地方官员适当的安抚或威慑。在市场体制下这是一条越走越窄的老路。结果导致了“地方保护主义”的愈演愈烈的消极对抗。

宪政主义的价值预设，不承认一个唯一正当的利益代表中心，只有多元化的个别利益在博弈和妥协中产生的那个结果才是正当的。立宪政体的一个基本立场，就是主张“每一种利益都有自我伸张的权力”（阿克顿）。因此个人权利的在先，必然集合为地方权利的在先。在制度上的启发，就是在地方主义的不可阻挡的分殊中顺势而为，渐渐认可地方在公法上的独立人格，推动中央与地方关系的宪政化前途。

第三是联邦主义的模式，不再是中央对地方的“控股”，而是地方反过来对中枢的参股。也可以称之为地方的“法人股东化”模式。将宪政制度与公司制度进行类比，可以给我们提供一些新的观察。经济学家阿尔钦指出，一个民主社会的政府产权，如果类似于股权分散的公司产权，就可以产生最接近于私有产权制下的资源配置结果。如果以现代公司的角度看待政府行为，会发现政府产权的模糊性也和企业产权的模糊一样，会影响政府职能的发挥和公共资源配置。20世纪后半叶以来，在那些巨型的现代股份公司中，最显着的一个产权结构变化就是法人或机构股东的崛起。自然人个人持股大幅锐减，那些有着稳定而持久增长的大型股份公司，多数向着法人参股法人的“复合制的公司制”演进。这与地方“参股”中央的“复合的共和制”也是类似的。只有当立宪政体确认地方在公法上的人格，才能在复杂的多元利益差序中，为公共权力提供更有效、更丰富和更具有说服力的配置空间。

3．2　以地方的发债权为例

目前地方政府对税收只拥有管理和使用的权力（并在上解和返还等补充制度下受到重大限制），并非一种独立的财产权。在1994年的《预算法》中，地方只能将这个收入用于预算支出，但无权以地方税收作担保发行地方政府债券。正如一个分公司即便实行独立核算，也不可能独立发行债券。因为它无独立的法人财产权，在法律上即无偿债的能力。这个能力指法律上的主体资格，与事实上的资金占有无关。地方政府如果发行地方债券，它到底有无偿债的能力呢？

地方有没有发债权，这是衡量财政上的中央集权制之转捩的关键。如果产权被认定在中央政府，发债就须得到中央政府的背书许可。中央政府一旦背书，就负有连带的清偿责任。这是为什么直到今天，我国仍禁止地方政府发行债券的根本原因。对权力中枢而言，一切公共资源的财产权主体的身份，意味着一切公共债务的最终债务人的代价。这一代价导致中央集权模式对地方主义的管理能力正在急速下降。如在2003年，北京市政府曾预备发行“奥运债券”，来筹集场馆建设和市政改造的资金，但被中央政府否决了①。在中央集权制下，中央财政的职权越大，财政上的效率反而可能越差。权力中枢在技术上害怕地方，逐渐胜过地方在政治上害怕中央。

地方政府缺乏公法上的财产权主体身份，政府与政府之间的经济行为就只能遵循“计划调配”的管理模式，中央集权制在本质上是一种“计划政治”。国家权力中枢凭借“总公司”

---

① 参见笔者：《“奥运债券”与财政联邦化》，首发《议报》2003年10月，见宪政论衡网站。

的主体地位和政治威望，通过强制性的财政转移支付，将公共资源在地方之间及地方与自己之间进行调动和协调，以这种方式全面代替市场化的博弈。对一个负有更多社会与经济职能的现代政府而言，这种中枢与区域政府间产权不清晰的、单一制的和非契约化的行为方式，将越来越不适应政府在一个多元化社会中的角色。政府与政府之间因为独立人格的缺失，而排除了各种基于契约而不是基于行政权威的合作方式。这种排除对一些中央集权论者常提及的“国家能力”而言，显然是一种主动的放弃。在地方自治和联邦制下，政府之间通过契约来管理多元利益的冲突，是一种很常见和方便的技术。我国近年来也在一种垂直的行政管理关系中推行“行政契约”，但多中心的政府之间的契约关系，在目前体制中仍不能获得正当性。如同容许地方的发债权一样，权力中枢将被迫非自愿地接受一切政府间契约所转嫁和累积的风险。但如果排除了政府间契约对于政体变迁的良性塑造力，垂直方向上的“行政契约”，就可能只是“软政权化”的一种消极的弥补技术而已。

单独衡量北京市的财政，它完全有能力在区域之内实现资本筹集，只需以部分地税或土地收入为担保，就能为长期地方债券的发行提供比国债更充足的吸引力。回顾 20 世纪 20 年代联省自治运动的经验，当时各省以地方税收为担保，曾多次成功地向公众发行过地方政府债券。有了地方共和体的独立人格，再配合中央的契约化的权威和统一的协调能力，这种地方自治的和联邦主义的政体安排，具有比中央集权制下的垂直管理更巨大的资源整合优势。在既定条件下也滋养更强的“国家能力”。但在当前体制下，对地方债务的担保责任将给中央政府构成极大的经济和政治风险的捆绑。一个不能实现“信息充分披露”的非民主化体制，既不能给地方利益一个宪法上的名

分，也不能给中央政府支持地方发行市政债券的足够信心。最终如政治学者林德布洛姆所说，在许多只需要一根手指的地方，“却总是会出现一根大而无当的拇指”[1]。那种简单的以为中央集权程度与国家能力大小成正比的观点，是经不起推敲的。一种非民主化的中央集权制度，不但损伤政府与人民之间的信任，而且也必将增加中央政府与地方政府之间的交易成本，从而削弱“国家能力”。

乱世中的北洋军阀都能轻易做成的市场融资，在犬牙交错的多元利益格局中却足以使一个强大的中央集权制顾虑重重。这个例子质疑了那种认为中央集权制通常会比地方主义或联邦主义更有效率的俗见。

3．3　司法权的地方性质

在对司法独立的探讨中，有一个略有偏差的争论。总有人希望加强司法系统的“垂直管理”。将地方法院看作“中央权力机构”，看作最高法院的某种派出机构。期望法院系统作为一个整体，有利于增强在行政系统面前的独立性。于是“司法地方化”或司法权的地方性质成为一个被批评的概念。论者往往将这一概念与令人深恶痛绝的行政对司法的干扰、及司法的地方保护主义轻易划上等号，殊不知垂直化的结果就是行政化。也有人以“国家权力机关”的属性来否定地方法院的地方性质。这也是典型的将中央简单等同于国家的大一统思维范式。地方是与中央对应的概念，却不是与国家相反的概念。司法权的“中央性质”或“地方性质”，与地方法院是“国家司

[1] 参见查尔斯·林德布洛姆：《政治与市场：世界的政治—经济制度》，王逸舟译，上海三联书店1995年版。

法机关”之间并无冲突。但这种以“司法垂直化”抵御“司法地方化”的主张有一定影响，甚至最高法院前些年一些改革措施（如推行法院院长引咎辞职制度），也明显带有强化法院系统行政化色彩的倾向。

1982年宪法规定，各级地方法院的院长和审判员由地方人大选举或任命，“并对产生它的国家权力机关负责”。这是司法权的地方性质的宪法依据。这一宪法依据在历次修宪中都未被修正过。地方代议制度的一个目的，是让地方的权力机构（包括司法机关）与当地民意、本土民众建立起合法性的渊源，建立起政治逻辑上的血肉联系。将各级法院视为地方的权力机构，将导致地方政府粗暴干预司法，这一看法过于简单。照此逻辑，将司法权力确立为一种来自中央的权力，岂不同样将导致中央政府对司法的粗暴干预？如果地方政府信不过，为什么中央政府就一定信得过呢。这里依然显出一种对权力中枢和权力垂直化的根深蒂固的迷信，未能理解“主权者的自我约束”的宪政观。以香港特区为例，它在宪政框架中享有司法终审权，这意味着香港的司法权具有一种更为彻底的“地方性质”。但司法权的地方性质显然并未导致特区政府对司法的不当干预。在香港的宪政传统中，对政府干预的排斥依靠的是权力之间的制衡和普通法法治道路中司法权所凸现的崇高地位。“地方保护主义”和行政干扰司法的盛行，并不取决于法院系统是垂直在中央或最高法院之下、统一向全国议会负责；还是从属于地方代议机关并向后者负责。相反，司法权力的地方特征是一种有益于司法独立和法官独立的力量。法官的身份源自当地代议机构（无论是选举还是由地方首脑任命），这是法官可以独立于任何法院、政府和其它任何法官的宪法上的根据。这种宪政依据在现实中不能得到一种宪政化的国家政法制度及其传

统的支持，才是地方行政不当介入的深层次原因。将地方司法机关的地方性质看作"地方保护主义"的源头，结果只会加强来自国家中枢的垂直化努力和对司法权的地方性质的剥夺，有利于在整体视角下对地方独立利益进行自上而下的否定。沿用行政系统中"垂直管理"的习惯思维来处理司法权在中央与地方的关系，不但不利于司法独立品质的养成，反而在一个政治利益地方化和多元化的现实中，暗中形成了对传统路径的强化。

司法权力的中央化，通过将地方司法整合在一套垂直的司法体系中的步骤去完成，这对真正的法官独立也是一种伤害而非促进，并加剧司法的行政化特征。地方不等于地方政府，就像国家不等于中央政府一样，将地方的代议机构看作包括司法权在内的地方政治权力的合法性来源，这样才能正确理解司法权的地方性质，从而理清出地方保护主义泛滥的真正原因。近年来司法权被捆绑在地方行政的战车上，越来越明显的成为地方保护主义的一样新武器。有论者将这一倾向称为"司法割据"，但这是一种轻率的观点，也过分高抬了司法权在目前宪政格局中的态势。中国只有行政割据，从未有过司法割据。那些因为地方势力介入而导致司法腐败的情况，都是行政权膨胀，而不是司法权膨胀所致。

目前地方的司法权被地方政府"挟持"的现实，对宪政转型也具有微妙的意义。司法权尚无力反抗这种被争夺甚至被宰制的命运，但司法权的一种更高的权力性质反而因此被彰现出来。在百年宪政史上，这是自北洋政府时期大理院在军阀割据中显示最高司法权威、以判例维系全国司法统一之后，司法权的宪政性质第二次被凸现出来。在某种意义上，宪政转型的过程是一个传统政治权威寻求新的增长点的过程。站在洛克对自

然状态和自然法的观念中看，裁判权（司法权）是一切政治制度中的最高权威，也是与民主投票原则相互竞争和制约的一种权力。在不同国家权力机构或某个最高委员会的成员之间发生分歧时，只有两种办法，一是民主，以数量决定是非；另一种就是裁判。那么谁来裁判那些地位尊贵的人或机构呢？显然谁是最高的那个裁判，谁所拥有的就是政治哲学上最高的那种权威。

如在《圣经》中，上帝的最高权威并非体现在立约上，而是体现在审判的权柄上。立约是在爱中显示公义，审判是在公义中显出爱。英国法治传统的一个脉络也是如此。一言以蔽之，国王们主要凭借司法权而不是凭借行政权，逐步战胜了远比后世的地方政府更为强大的贵族势力。从而形成了统一的法治，也形成一个统一的英格兰。我国目前的情势正好与当初的英格兰相反，地方开始借助司法权去对抗中央的立法和行政。司法不独立固然是一个前法治的事实，但这个事实其实是中立的。就像在古代英格兰尚未形成独立司法之前，人们也认为“司法权源自于王权”。这个事实可以被中央运用，也可以被地方运用。而且从逻辑上说一般是更容易被中央运用的。但在目前被垢病的“司法地方化”趋势中，令人遗憾的是地方政府、而不是中央政府，最开始意识到司法权的某种更高的权威品质。它们发现在行政系统内直接抗衡或规避来自上面的立法或命令（上有政策下有对策），这种传统模式在日渐法治化的当下已失去了正当性。但以一个独立的法院判决去“对抗”中央权力，却是一种如日中升的政治合法性。于是地方懂得了先运用“司法不独立”的事实影响本地的司法判决，后凭借“司法独立”的观念为地方保护主义的正当性提供新型的论证。

从卢梭开始，不承认“三权分立”的政治理论都认为国家

权力是不可分割的。国家权力高度集中的社会，依靠强硬而垂直的行政权来维持秩序的统一。并且总是对司法权的崛起充满了戒心和提防。事实上能对集中的国家权力模式构成合法性冲击的，则是“挟司法权以令天下”。一旦国家权力开始了事实上的分割，维系统一秩序的最高权威，要么从行政权向着司法权转移，要么从行政权向着立法权转移[①]。这正是西方立宪道路的两种主要模式和路径。从这一角度讨论地方对司法的“绑架”，能够观察到某些正面的价值。在中央权力未曾选择突出司法权的制度背景下，一些地方无意中突出了司法权，抢先将司法权作为地方主义崛起的新筹码。从而把这一隐性的制度变迁的方向，以中央与地方的冲突形式，以司法权忍受屈辱的形式尖锐地彰显了出来。一方面国家权力中枢如果不以积极的制度变迁将这个制高点抢夺回来。高高在上的中央政府也将和具体案件中的普通公民一样，有机会成为司法不独立的受害者。另一方面，司法被地方捆绑的局面所导致的一次次腐败，已使最根本的一种制度信用濒临破产，使司法权的合法性渊源面临危机。最大的制度困境已不是司法的不独立，而是司法的信用与声望跌至最低谷。民众的预期和学者的预期开始出现分歧，人们不再问“何时司法才能独立”，而是问“这样的司法还凭什么独立”？

一旦裁判权的合法性出现危机，“司法独立”的诉求就被

---

① 最高法院和全国人大因此也产生出对新的法治权威的争夺。十几年来，最高法院一直通过司法解释的手段，为司法权积累声望和在法治化进程中的主导权，对全国人大的立法权构成了削弱。而全国人大在2005年12月20日，通过了《司法解释审查备案工作程序规定》，宣布“为了维持法制的统一”，将对最高法院的司法解释进行备案和审查。这一涉嫌滥用立法权的规定，对司法权的性质和范围提出了新的勘订和挑战。

迫退居二线，司法权的合法性问题凸现在前面。单纯的司法改革已不可能成为推动宪政转型的具体路径，相反，只能依靠宪政改革才可能重新为司法权提供辩护并积累声望。有两个例子可借以观察这一变化。2005年全国人大全体会议上的《最高人民法院工作报告》，出现一个颇有意义的改变，“(最高法院)由往年主要报告全国法院的工作，转变为主要报告最高人民法院的自身工作”。这显然是一反“司法垂直化、司法权力中央化”思路的改变，回到1982年的司法权条款，澄清了最高法院与地方各级法院的政治关系。“法院”不再被视为一个行政性质的系统，最高法院也不再视自己为全国法院在行政上的领导。同时也澄清了地方法院与地方人大的关系。换言之是对司法权的地方性质的回归。第二个例子是全国人大在2004年出台完善“人民陪审员”制度的条例，并在2005年5月1日起正式施行。这既是防止法院被地方政府控制、增加行政操纵成本的措施。同时也是对司法的合法性来源的一种调整。即将裁判权向着人民主权原则倾斜。让民众象征性的置身法庭，分担司法的无能。

如果放在英美法系的框架下看，司法权的地方性质除了法官与地方议会的合法性渊源外，尚有两处重要体现，即普通法的性质和陪审团制度。

普通法的形成是一个显示司法权地方性质的典范。诺曼征服后，国王派出王室巡回法庭处理纠纷。这时在不列颠尚无一般规则可言。但不等于英国老百姓当中没有“法律”。普通法道路是一个从各地大量的习惯法中“发现”法律的道路，也就是一个根植于地方及其经验的道路。“地方”是理解普通法“法官造法”特征的不被重视的一点。法律不从中央来，不从上面来，而是从地方来，从下面来。这就是普通法的基本精

神。巡回法官们通过审判了解、整理和尊奉地方的习惯法，并在中央王室法庭那里逐步形成全国统一适用的判例。这些法律根植在地方、经验和历史当中，而非出于某个激情蓬勃的立法者之手。

裁判权是共和主义与民主精神的临界点。陪审团制度体现出了这种结合，它用随机挑选的本地普通民众来判断事实，而把对法律问题的裁判留给法官。如《旧约·利未记》第19章所言，“按着公义审判你的邻舍”。陪审团制度是符合这一《圣经》原则的裁判方式，它承认普通民众（邻舍）的日常判断是裁判权的合法性来源之一。在英国国王倚重司法权战胜地方贵族的过程中，陪审团制是王座法庭“增强自身吸引力和竞争力”的重要举措。与其说这体现了民主原则，不如说体现了司法在理性上的谦逊。因为除了全知全能者，事实是不可知的。让被告的“邻居”来认定事实，使裁判权立足于一个无可辩驳的合法性的根据——人间再没有比这更优越的合法性了。但基于法律的评判，司法权保持了它的高傲，只将这种权力留给法治传统下凭借法律这一“最高的理性”（柯克）而藐视数量的现代“祭司”。这一分别正是柯克法官拒绝詹姆斯一世审理案件时所宣称的。他区别了普通理性和司法的技艺理性，他恭维国王有高于常人的普通理性，所以有权挑选法官（当然也有权作陪审员）。但一个缺乏专门的法律和司法技艺训练的人，即使是国王，也不能为法官。

陪审团制度也与普通法形成中的地方因素有关[①]。陪审制起源于日耳曼人的加洛林王朝调查地方制度和情形的做法，诺

① 参见R·C·范·卡内冈：《英国普通法的诞生》，李红海译，中国政法大学出版社2003年10月版，第三章《王室法庭的陪审制》。

曼登陆后引入英格兰。最初的陪审团是咨询性的，法官把当地人找来，主要目的是了解当地的习惯法，至于事实问题则由法官自己判断。这一点和现代陪审团制度恰好相反。后来陪审团慢慢从提供法律咨询变为对案件进行事实判决。但这一变化不是削弱、而是强化了司法权的地方性质在英美司法制度中的价值。陪审团的事实裁决除非程序上的问题，否则是最高法院也不能推翻的，陪审团成员们也没有义务解释自己为什么如此判断。这就使陪审团制度在事实上具有了一种偶然的“司法审查”功能。陪审团一般都是由被告所在地的“邻人”构成，他们可以根据自己心目中的“法则”和根植于本地的经验智慧，来做出自己对事实的裁决。这样，一个本土的陪审团不仅为审判提供了正当性来源，而且有权力对一个刚性的成文法系统提供矫正。它保留着“乡间仲裁的某些精神”[1]，可以将本地的习惯法、本地的道德观甚至“邻人”的正当的情感因素引入法庭，使其在事实上具有法律效力，构成司法权的一部分。当然它也可能将经验中的一些非理性因素引入法庭。这是诟病陪审团制度的人往往会加以强调的。

从技术上说，目前司法权的合法性危机和受制于地方行政的困境，人类宪政史的有限经验只能提供一种简单有效的方法，即陪审团制度。用陪审团把法院和政府隔开，将事实裁定与法律裁定分离。这样可能为司法权提供新的合法性的增长点，缓解信任危机，同时也为精英式的司法权的崛起预留足够余地。但目前推行的陪审员制度（参审制度）恰恰相反。陪审员和法官一道进行混合审理。一方面职业法官参与事实认定，

---

① 参见R·C·范·卡内冈：《英国普通法的诞生》，李红海译，中国政法大学出版社2003年10月版，第二版序第9页。

无助于缓解分辨事实给法官施加的合法性压力。另一方面一个“一般不低于大专文化”的非法律人士，经过短暂培训就能进行法律审理，则是对司法的精英化道路和共和主义精神的否定。推动司法成为国家制度中直接民主色彩最浓的领域，是一种饮鸩止渴的反司法地方化和行政化的路径选择。其中隐含着对于民主制度和司法独立的双重伤害，也表明司法权的信任危机到了如此严峻的地步——人们能够接受一种降低专业标准的审判制度，唯一理由是民众对职业法官的信任，已经落到了对陌生邻人的信任之下。

第九章

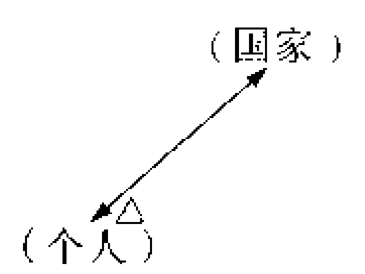
宪政与联邦主义

1. 联邦主义

寓封建之意于郡县之中。

——顾炎武《日知录》

在共和主义传统中，一种根深蒂固的看法认为自由传统不可能与一个庞大的国家兼容。这是一种直观的认识，假如同意个人权利的在先是国家权力的正当性来源，同意每个人的自主是一个阿基米德支点。国家越大就意味着权力的中枢离我们越远，显然也就越不容易被控制。在个人与国家权力之间，杠杆越长国家越有力量，个人自由越发地微不足道和缺乏保障。在那些庞大的君主制帝国，个人与国家之间往往是一个漫长的杠杆和几乎空白的社会空间，也就是张东荪先生所谓中国自古以来的“两橛政治”。



这条通往国家权力中枢的线条可以拉得更长。几乎所有古典自由主义和宪政主义的思想家，从孟德斯鸠、洛克、休谟以及贡斯当、阿克顿和托克维尔等人，到当代的哈耶克和布坎南等，都主张某种形式的联邦主义，将联邦政体视为宪政自由主义的题中之义。孟德斯鸠这样论述地域大小对政体的影响：

共和国从性质来说，领土大小应该适中；要不这样，就不能长久存在。如果狭小将形成一个共和国，如果广大，人们会对来自遥远而又迟缓的惩罚无所畏惧，因此一个广大帝国的统治者必须拥有专制的权力。从自然特质来看，小国宜于共和政体，中等国宜于由开明的君主治理，而大帝国只能由一个专制君王来维持。因此要维持原有政体的原则，就应该维持原有的疆域。

孟德斯鸠进而认为扩大疆域而能维持原有政体的唯一办法，就是联邦[1]。

联邦共和国既由小共和国组成，在国内它便享有每个共和国良好政治的幸福。而在对外关系上，由于联合的力量，它又具有大帝国所有的优点。

按博登哈默的观点，“联邦制是两个或多个分享权力的政

---

[1] 两段引文分别见孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版，第124页、第131页。

府对同一地理区域及其人口行使权力的体制"[1]。联邦主义在高度分散的个人与国家之间，通过多元化的地方共和体来实现对专断权力的缓冲和隔离，填充两极之间的空间。因此能够解决"麦迪逊的难题"，即又能制衡国家保障个人自由，又能在一个大型共和国进行有效率的统治。就连激进主义者蒲鲁东也承认，联邦是自由与权威的完美协调，是结合了个人与社会都必不可少的正义、秩序、自由与稳定的"唯一的政府体系"[2]。从美国建立第一个联邦制的立宪政体，到苏联解体的二百年间，全世界所有国土面积在100万平方公里之上的民主国家，都实行联邦主义。所有国土面积在300万平方公里之上的国家，都实行联邦主义。中国是目前唯一的例外[3]。尽管数量上全世界联邦主义国家只有20多个，仅占国家总数的十分之一，但联邦制国家占去了全世界面积的的二分之一和人口的三分之一。

2. 纵向分权

联邦主义也是分权学说不可或缺的部分。三权分立是一种横向分权（separation of powers），针对的是全权主义；联邦主义则是一种纵向的分权（division of powers），它瓦解的是某种中央集权体制。有学者直接将联邦主义与纵向的地方分权视为

① 戴维·J·博登哈默：《联邦制与民主》，宪政论衡网站，www. xianzheng9. com。

② 王丽萍：《联邦制与世界秩序》，北京大学出版社2000年版，第35页。

③ 刘军宁：《联邦主义：自由主义的大国方案》，载《自由与秩序：中国学者的观点》，中国社会科学出版社2002年版，第132页。

同义词[1]。两种分权都是立宪主义对于某种完整的和至高的主权观的颠覆[2]。在中央与地方关系上，封建制度的契约色彩曾经为一种联邦主义的分权模式提供了想像空间和历史的路径依赖。后来随着商业城市的发达，城市共和体之间的分立逐步替代了封建领主之间的分立，但一种契约化的传统得到了延续。如最古老的联邦主义国家瑞士，在13世纪出现了许多城市自治体之间的联盟。1291年8月1日，当时的三个州签订了永久同盟条约，这个盟约成为瑞士联邦的宪章，这一天成为瑞士的建国纪念日。不过那时的瑞士联邦只是今天称之为的邦联。

中国从秦朝废封建开始，就终结了任何一种中央与地方进行契约化分权的可能性，从此以一种科层制的官僚体系（郡县制）取而代之，建立了一种中央集权的政体模式。但事实上即使是集权程度最高的行政体制，也不可能将权力的触角如臂使指地伸到每个遥远的角落，因此行政权在事实上的纵向分配是不可避免的。老百姓常说天高皇帝远、县官不如现管。如果权力是自上而下、长途跋涉赶来的，一个漫长得不可想像的代理

---

[1] 美国学者 Arend Lijphart。参见他的 Patterns of Democracy: Government Form and Performance in Thirty-six Countries. Yale University Press, 1999, p. 185.

[2] 在看待联邦国家的主权上，有大致四种倾向。大陆的法学界基于机械的主权论，通常认为联邦是主权国家，各州不是，因为最高意义上的主权被视为国家不可少的要素。也有部分法学家认为联邦和各州同为国家，主权（最高性）不是国家的要素。在英美也有两种主要观点，一种认为联邦是独立国家之间的结合，具有双重主权。一种认为主权在联邦与各州之间被分割。如1870年美国最高法院一项判例中称，“联邦政府与各州虽同在一领域内，然彼此皆为分离独立而行动之个别的主权。联邦政府，于其权限之内，是最高的。然各州的权力亦有不给与联邦政府的。与此保留的权力范围内，各州之离联邦而独立，恰如联邦之离各州而独立一样”。这是一种典型的宪政主义的主权残缺和有限论。见美浓部达吉：《宪法学原理》，欧宗佑等译，中国政法大学出版社2003年7月版，第218～222页。

人链条也就不可避免。在中央集权制下，一个距离我们最近的官员，反而在合法性来源上距离我们最远。因为皇帝在逻辑上是第一个直接的统治者，而那个距个人最近的官员却距皇帝最远。他和某个管制对象的政治合法性的关系是这样的：他是有权进行统治的那个人的代理人的代理人的代理人的代理人……

这一事实带来两个重要的效果。

第一，来自权力中枢的意志到了最基层，没有任何方法能保证它不被扭曲。几乎没有辅助性的制度可以担保层层代理之后，末端代理人的行为还能完全符合被代理人的利益和动机

一个专制主义的中央集权体制就像一个摆钟，只可能在极端的专制和极端的割据之间反复。与通常的看法相反，割据与分裂恰恰是中央集权体制衍生出的怪胎。其一，越是缺乏横向分权的集权体制，越容易产生割据。三权分立通常被理解为横向上的分权，但它同样也会产生纵向上的制衡效果。因为每一级地方政权的三权分立，会瓦解地方政权在政治上的自足性。尤其是一个拥有独立权威的司法体制的存在，使一个实行分权原则的地方政权在一种法治的统治方式下，不可能具备自足的权能和完整的政治正当性。其二，越是加强纵向上的行政集权，就越有机会导致地方政府的诸侯化[1]。中央集权体制下的中央政府理论上可以干预地方的一切政务，但事实上行政权将不可避免的批发给各级代理人，中央政权又须保持行政权在理论上的一种完整性，因此这种分散必然缺乏明确的纵向分权，其边界只好随着中央与地方之间的实力比较和政策走向而随意收缩或膨胀。一旦地方鼎盛，中央就缺乏控制诸侯的更为稳定和安全

---

① 笔者这一结论受到毛寿龙先生在“欧盟宪法和中国宪政转型”国际学术研讨会（2003年，北京）上的发言启发。

的制度设计。历史上没有一个皇帝能解决这个问题，正如没有一个实行国有产权制度的政府能解决国有产权体系的代理人问题。御史、观察使、巡抚、总督、监军、政委、督察员、稽查员，各种技术层出不穷。但只要不从中央集权转向多中心的自治和分权，都只能治一时之标而不能医本。

第二，越是贴近个人的权力，反而越是专断和蛮横。因为权力没有与权力的管制对象建立起一种和平的政治渊源，即地方的民主与共和。本土的暴力机构没有与本土的人民达成契约化的谅解，官员手中的权力自上而下，与辖区内的公民无关。这样的政权本质上是一种"外来政权"，是一种"内地殖民"，必然带来权力的膨胀和冷漠。因此在中央集权体制下，即便最高权力实现了合法性的民主化转型，不是皇帝、独裁者而是一个民选领袖。地方的政治仍然是非民主的，地方一天不能自由选举，对地方而言政治就是专制的。

清初，大儒顾炎武回顾明朝和历史上愈演愈烈的专制倾向，曾提出一个打破两千年秦制的救弊办法，即回归分封制下的地方自治，"寓封建之意于郡县之中"。通过分权于下，实现多头的地方政体对上级、对中枢的制衡，并能够有效伸张地方的个别利益。顾炎武的纵向分权方案，明显带有现代联邦主义的色彩。这已不是简单的对行政权的纵向分配，而是对地方政权某种独立地位的承认。这就接近了联邦主义双重主权、多级政府和复合共和的本质特征。

判断联邦主义与中央集权制下的地方自治或放权让利改革的区别，从价值上，看其是否承认一种多元主义的和契约论的政治合法性框架；从技术上看，地方仅享有独立的行政权，甚至有一个从属性的地方议会（如英国的北爱尔兰）仍是不够的，关键应看地方是否拥有独立的立法权和财政权。联邦主义

并不反对中央政府的统一财政和强制性的转移支付，包括横向的和纵向的。汉密尔顿曾在《联邦党人文集》中着重阐述过转移支付对于联邦的重要性[1]。在德国的《基本法》中，也规定了富裕州必须向欠发达州进行横向财政补贴的义务。但联邦主义国家的各州政府，都保留了在一个独立范围内征收赋税和使用赋税的自主权力。国家权力中枢是否垄断了征用私人财产的赋税大权，是判断联邦制国家与中央集权制国家的一个明显标志。

任何对集权制的有效分权最终要落在人事与财政两方面。联邦主义国家的地方议会，享有条块划分下的立法权（A 的立法归联邦，B 的立法归地方）而不仅是级别划分下的立法权（A 和 B 的立法归中央，A1 和 B1 的立法归地方，但不能与 A 和 B 的立法相违背），这样的地方议会才是独立而非从属的。地方的独立赋税，削弱了权力中枢无限的财政能力；地方的独立选举，使议会能够真正控制地方主要官员的任免，化解了来自权力中枢的人事威胁。国家权力中枢因此不能再简单地依靠命令和武装去指挥全国，必须放下身段在和地方之间的相互妥协、相互合作之中，去发展宪政化和法治化的制度技术。法国中央集权体制的改革非常典型，中央政府逐步放弃对地方的人事与财政的指令，尝试更多地通过司法权这一更高的权威去实现对地方的宪政约束。

在联邦制中，司法权居于一种显赫的位置。联邦主义的政体，不依靠司法在中央与地方之间的分权。恰恰相反，因为联邦主义在地方与中枢之间实行了立法和行政的纵向分权，国家

---

[1] 汉密尔顿：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1980 年 1 月版，第 123 页。

的统一需要一个法治化的新支点和稳定秩序的源泉。在一种契约化的中央与地方关系中，也需要一个高于它们的中立者来做裁判。因此在立宪国家，司法领域是唯一一个不被民意割裂的权力堡垒。除了美国、墨西哥和巴西外，多数联邦制国家都只有一套统一的司法体系①。前三个国家尽管有联邦与地方两套平行的司法体系，但这与两套政府、两套立法体系的意义也并不一样。尽管存在着司法管辖权的界定，但这种界定基本上不是条块的划分而只是层次的划分。最高法院凭借宪法的最高权威凌驾于一切法院之上，终审权在任何意义上都不可能以州权的名义或地方的民意去对抗。在统一的宪法权威及司法标准上，没有州权可言。这一点使最高法院具有一种类似于集权体制下中央政府所具有的不容置喙的地位。联邦主义把这种地位移交给了在本质上具有否定性和消极性的司法权。在联邦主义的观念下，所谓统一很大程度上是法治与宪政的统一，在技术上则表现为司法权和司法标准的统一。所谓爱国也是对这一统一的法治与宪政秩序的热爱，而不是对一个统一的政府系统的热爱。

3. 乡镇精神

托克维尔当年访问美国时曾惊讶于它的乡镇自治。他感叹说：

> 在欧洲大陆的所有国家中，可以说知道乡镇自由的国家连一个也没有。

---

① 王丽萍：《联邦制与世界秩序》，北京大学出版社2000年版，第23页。

乡镇任何国家都有，作为一种自然状态的群体生活的集合。但绝大多数国家的乡镇因为面临国家垂直权力的侵犯，无法发展为一个自治的“乡镇共和体”。在北美13个殖民地，因为英国总督的统治较弱，也因为美国乡镇的移民特征清除了一种宗族式的精英统治方式，使乡镇的崛起天然地具有一种个体结盟的色彩。在此背景下美国乡镇自治的发展基本上是一种哈耶克所称的“自生秩序”的契约化扩展过程。托克维尔高度激赏这种乡镇精神，认其为美国联邦民主制的基础。事实上，一个个乡镇共和体的直接民主实践，也是美国“州权”观念形成的关键。乡镇自治蕴含了联邦主义的一个根本精神，即对过于遥远的权力的不放心。如果民主与共和是值得追求的，身边的民主和父老乡亲之间的“共和”，显然比亿万人之间的共和更重要、更踏实、更首先。

早先在古代英格兰的基督教教区中，也存在类似的乡镇（教区）自治。这是美国清教徒乡镇精神的另一个源头。从个人的自主，到群体的自治，再到多元共和体之间的社会契约，这个脉络显示了联邦主义的共和主义底色。联邦主义的共和是一种“复合的共和”，也就是里里外外、上上下下的多元的共和。其一，联邦是一种共有与共治的政体，这和单一制的共和国家是相同的。其二，构成联邦的每一级地方政权，仍然是一个共有与共治的共和体。这种复合是对共和主义的一种深化，是真正贯彻到底的共和制。所以联邦主义的准确称呼是“复合的共和制”，而不能简单地称为民主制。

简单的民主制“在本质上是非共和性质的”[①]，一个实行

---

① 刘军宁：《联邦主义：自由主义的大国方案》，载《自由与秩序：中国学者的观点》，中国社会科学出版社2002年版，第122页。

单一民主原则的大国，我们或许可以说在全体一亿人之间是“民主”的，但将任何一个千万、百万之巨的地方人群剥离出来看，却可能缺乏民主。我们只看到垂直的权力系统如何像吊车一样运作，看不到一个千万人的庞大群体有任何“共和”之迹象。实行单一民主原则，意味着政治由一个简单多数决定。而建立在地方自治之上的联邦主义则是对民主原则和简单多数原则的一种制衡和过滤。联邦制意味着“多重的多数原则”，联邦一级实行多数原则，每个地方共和体内部也都实行多数原则。双重或多重的主权就意味着双重或多重的多数，这就最大化地避免了在政治上形成绝对多数的局面，也避免了某种一竿子到底的、唯意志论的权力正当性论证。因为在多重多数下达成的公共决策，已不再体现任何人、任何群体的简单意志。

4．单一制与联邦制

通常在政体理论上，习惯将联邦制与单一制相提并论。但站在立宪主义的视角下看，并不存在一种地方权力绝对隶属于中枢的所谓单一制的立宪政体。绝对意义上的地方的“分公司”模式[1]是与宪政民主制度对立的，只可能存在于独裁的体制下。

以中国为例，辛亥革命之前的帝制时代，其政体是绝对意义上的单一制。即地方一切长官由中枢任命和委派，地方一切权力的正当性都来自于中央。在中国，这是以“春秋大一统”为核心观念的中央集权制。在欧洲，这种单一制的中央集权体

[1] 参见本书第十章第二节“从分公司到子公司”

制，来源于16、17世纪以来的绝对君主制的遗产。但最近半个多世纪，全世界任何一个共和制国家都存在着某种形式的地方议会。这些地方议会即使是从属性的，如20世纪80年代以前的法国；但其存在本身就是对单一制政体理念的一种重要修正。孙文在辛亥时期一度提倡地方自治和建立美式联邦的思路，从民国9年到民国20年的联省自治运动与地方自治思潮一度风云交汇，对中国两千年君主制下根深蒂固的垂直政体传统曾产生了相当的瓦解作用。这一运动甚至影响了中共在其"二大"时提出了"自由联邦制原则"和建立"中华联邦共和国"的革命思路。共产党早期领袖李大钊在论民主制度的《平民主义》一书里，也认为联邦主义是民主的必然衍生。直到《苏维埃共和国宪法大纲》和中共七大发表《论联合政府》，地方自治和联邦主义的构想都一直作为当时的主流思潮，被中国共产党接纳为"新民主主义革命"的政体目标。直到1956年，周恩来在对毛泽东《论十大关系》的解释性报告中，仍在"民主集中制"的思路下倡导地方民主，并针对"中央与地方分权"、"集权与分权"等问题作了阐释。周恩来显然对权力集中制就等于风险集中制这一点有清醒的认识，主张"多多发扬地方民主，就会大大巩固中央领导"①。

上世纪80年代以来，随着对地方的放权改革，加上民族区域自治和一国两制构想的实施。地方权力完全从属和源自于中央的授予，这样一种绝对的单一制的政体理念事实上已经破碎，而逐渐被一种高度混合的政体模式所修正。全世界也找不到一个实行代议制民主的国家，不是以某种程度的地方共和体

① 周恩来：《关于体制问题》，参见《共和国走过的路（1953～1956）》，中央文献出版社1991年5月版，第302～307页。

的自治为基础的。在立宪政体下，“代议制民主”是比单一制或联邦制的区分更重要的一个前提。在国内传统政治学框架中，“单一制”和“联邦制”的政体划分，长期以来是在未引入立宪政体的前提下形成的。因此造成了对两者差别不恰当地夸大。在宪政国家中，也有单一制与联邦制之别，但并不如通常理解的那样南辕北辙。尤其在二战以后，单一制的宪政国家几乎都进行了程度不一的联邦化色彩的地方自治改革。1968年，被视为最标准的单一制国家的意大利颁布《州制实施法》，这既可以被看作一种联邦主义运动，也可以看作单一制国家同样能够引入地方高度分权的因素[①]。地方共和体的自治，使单一制和联邦制的划分不再那么泾渭分明，也使联邦主义不再被误解为一种造成分裂和不稳定的政体。因为民意是从地方逐层过滤的，一个建立在民意表决之上的宪政体制，必然要以地方权力的某种自治性作为国家权力的一个起源。

5．两院制

两院制是个有关自由的问题，它是自由政府的未来，而单院制导致独裁统治。

——托克维尔

上述这句话是托克维尔对两院制的赞美，和边沁的立场刚好相反。作为功利主义法学的创始人，边沁对权力制衡所维护的自由价值似乎不太感兴趣，他直接而苛刻的认为，两院制的

① 季卫东：《宪法的妥协性——对联邦主义和社会整合的看法》，载《宪政新论》，北京大学出版社2002年版，第165页。

“第二院是不需要的，无用的，比无用更糟糕的”。一个持相同观点的神父给出的具体解释是“如果第二院和第一院意见一致，第二院是无用的，如果不一致，第二院是糟糕的”。

这两种看法似乎都过于偏激。据统计，到 1996 年，全球有 36 个稳定的民主政体，其中单一制的民主政体有 27 个。这 27 个国家接近一半实行两院制，一半实行单院制，事实证明都运行良好。但联邦主义和两院制显然有着更密切的联系，并为两院制提供了最有力的理由。在统计的 9 个联邦制国家中，都采用两院制的议会模式①。

两院制通常被看作分权制度的一个重要组成，是一种重要的“多重的多数”。它使民意在最高层分流，得到再一次过滤，这使任何改变现状或大刀阔斧的立法冲动都变得困难重重。无论英国式的古典议会还是现代联邦主义国家，所谓两院并非是完全平行的两院，而是由一个精英化的上院和一个相对平民化的下院构成。下院一般是主要的和日常的立法机构，在议会内阁制下通常也是制衡和选择政府的主要场所。上院比较接近于哈耶克设想中的“纯粹立法议会”，它以一种精英化的立场和权限对下院进行制衡，具有明显的共和主义色彩。当然两院之间的制衡也是相互的。在一些设立两院的单一制国家，两院之间没有明显的上、下之分，如意大利的参议院和众议院享有几乎完全平等的立法权和宪法地位，政府也必须同时得到两院多数的支持。

两院制在历史上经过了两个阶段。在第一个阶段，它主要是混合政体思想的体现，由一个贵族院和一个平民院构成，各

① Arend Lijphart：《民主模式》，132tb1、7、1，1999 年。转引自阿克曼：《新分权》，秋风译，未刊稿。

自代表社会上层和中下层的阶级利益。这可以上溯到古希腊时代元老院与公民大会的并列。在中世纪则以英国的两院制最为典型。在英国，两院的模式是君民共治、混合主权的一个反映。清末的维新思想家郑观应曾这样描述两院制[①]：

泰西列国设有上下两院。上院以国之宗亲勋戚及各大员当之，以其近于君也。下院以绅耆士商、才优望重者充之，以其迩于民也。

后来戊戌变法中关于议会的讨论，一种通行的观点即由"国家爵命之官"组成上院，而由"绅民公选之员"组成下院[②]。

当共和制取代君主立宪后，两院制的去留成为一个焦点。混合政体和阶级平衡不再构成一种说服力，法国革命中人们认为在一个所有公民都平等的无阶级社会，立法机构中实行权力平衡完全没有必要。最终法国人以849票对89票，建立了一院制的议会[③]。数年之后，美国总统亚当斯眺望欧洲，将法国革命的灾难归结于他们对一院制的"致命的"的选择。在美国制宪之前，除了富兰克林在宾夕法尼亚坚持一院制，其它各州仍然实行两院制。这也许出自一种良好的惯性，尽管贵族和平民的区分不再，但只要人们仍然并将永远分属在不同的利益和意见群体中，两院制带来的立法权的均衡和对简单民意的拒绝就依然是重要的。

美国确立联邦政体，为两院制传统的延续重新找到理由，

① 见《郑观应集》（上），上海人民出版社1982年版，第103页。

② 张学仁、陈宁生主编：《二十世纪之中国宪政》，武汉大学出版社2002年版，第12页。

③ 苏珊·邓恩：《姊妹革命：美国革命与法国革命启示录》，杨小刚译，上海文艺出版社2003年版，第82页。

恢复了活力。新的理由即州权与人权、州意与民意的平衡。既然联邦建立在地方共和体的契约之上，每一地方共和体应该具有平等的缔约地位，这种平等权并得到一种政治盟约传统的支持。但州权的平等却与人人平等的民主理念产生了冲突。每个人的平等、每平方公里的平等还是每一个州的平等？解决冲突的唯一办法是继续借助两院制，让每个州的民意代表组成参议院，而让每一同等规模人群的民意代表组成众议院。众议院显然更符合一种直观的民主理念，因此将日常的立法权交给联邦的民意代表，而将一种审视性的和更消极的立法权力交给各州的民意代表。这样两院制较完整地体现出宪政主义的一个基本走向：以共和主义的传统去制约政治上的多数（民主）。

在最近欧盟立宪的道路上，可以看到一种替代两院制的新方法。欧洲人在一个单独的议会中设计了一个复杂的双重多数原则。一方面按照成员国平等的原则，投票需要成员国的多数通过。另一方面按照人人平等的原则，又要求投赞成票的成员国的人口，必须占到欧盟总人口的五分之三。前一个是邦联的原则，后一个是联邦的原则。用一院制议会的一次性投票来混合这两个原则，体现出欧盟作为一个新型的超国家政治共同体的特点。但这种混合只是表面上的，人口原则只是计票时的附带因素，不能真正构成另一种利益博弈的方向，最多只具有一种“政治正确”的意义。因此这种替代方案对一个传统民族国家的宪政转型而言，似乎并不具有范式的启发意义。

“一阴一阳谓之道”，政治的折衷与妥协，是从古希腊混合政体思想到宪政主义、联邦主义一种贯穿始终的精神。分权原则和财政问题，始终是这一政治折衷的主要兴奋点。宪政主义者热爱的是一种俯身向世的经验主义的政治智识，而不是一味沉迷在逻辑世界中的抽象的兴奋。

第十章

中央与地方：以 SARS 事件为例

2003 年的传染性非典型肺炎（SARS）疫情，演变为一次突发的公共管理危机。公共危机往往会使宪政制度转型的冲突、方向和缺口，以非常态的方式被放大，提供难得的制度分析的切片。对政府在危机管理中的作为，从保障信息公开到发挥公共财政作用，当时有不少论述。但在一种传统中央集权制的公共行政思路下，"政府"作为一个与民间相对应的公共行政机构，往往被论者简化为一个整体性的概念，甚至被简单等同于"中央政府"。政府结构的复杂性和各级地方政府在责权上的分立，包括在一个幅员辽阔的单一制共和国内，不同地方在突发危机中凸现的巨大的分殊利益，在很大程度上都被忽略了。政府或者被假想为一个单独的巨人，仍像三十年前中央集权体制的全盛期那样，可以如臂使指、从心所欲地支配每一个权力末梢。或者尽管已意识到中央与地方之间存在的利益冲

---

① 本章内容，曾以《中央与地方的财政冲突：以 SRAS 为例》为题，发表于《当代中国研究》2003 年 6 月期，此处作了修订

突，但仍寄望于通过运动式的宣传和意识形态的配合，加上对地方官员在人事与政治责任上的严苛，达成一种临时性的和混杂的危机处理模式

与此同时，疫情危机所具有的某种紧迫性和社会恐慌心理，也容易使公众倾向于呼吁和要求一个集中的权力中心来力挽狂澜。在传统社会，这一心理往往指向对某个强权人物的渴望，或在一个技术主义的中央集权制下，指向对“中央政府”的膜拜。一些人文学者在呼吁面对危机时需要社会团结和超越性的社群意识时，也不去区分作为民情的一律与作为危机处理的集权模式的一律[1]，往往简单地加以混淆，由前者导向后者。

北京大学中国经济研究中心和北京大学卫生政策与管理研究中心的部分学者，则在一项研究报告中建议：“公开宣布所有疑似病例、确诊病例的费用完全由中央财政承担。这样从根本上杜绝患者、医院和地方政府由于经济上的顾虑和困难而产生的延误，确保最快切断每一例可能的传染源”[2]。在部分国内学者、作家参与签名的数封公开信中，也明确提出了应由中央政府财政悉数负担的类似要求[3]。假如这一场传染病疫情发

---

① 许纪霖：《许纪霖：危机时刻的反思——许纪霖教授采访录》，“世纪沙龙”网站，www. cc. org. cn。许先生在文中非常强调在 9·11 事件后，美国民情所体现出的某种高度一律的社群意识，却未意识到这种民情的一律恰恰是与一个责权分明的非集权、多中心的行政管理和宪政制度及其价值背景相一致的。期望这种民情的一律出现在责权尚未分明，地域利益冲突不能获得制度性的谈判平台的中央集权制下，这种期望有可能导向对于大一统时代的某种向往和回归。

② 见学者海闻、赵忠、王健、侯振刚所做的一项推测与分析。http: //www. sxet. com. cn/ecolook/mrjj. asp? newsid = 5285.

③ 杨支柱、秦晖等：《让二十一世纪的中国成为尊重生命的国度》，http: //www. wtyzy. net.

生于 20 世纪 80 年代经济改革及中央与地方实行财政包干制之前，这一要求应是顺理成章的。中央政府在一种高度集权的财政体制下，几乎垄断了对一切公共财源的支配权，也垄断着对地方政府在人事和财政上的较完整的控制权。中央也在计划体制和单位体制下以财政的方式承担着几乎一切劳动人员的生老病死。甚至国家权力中枢也高度垄断着对于多元利益冲突的某种说服力。因此在一次公共管理危机中，不管纵向和横向的实际利益冲突如何严重，也只是行政权力内部的整合问题。公众可以不理会这些内部的冲突，直接要求唯一的和最高的责任承担者和公共资源的垄断者站出来，去承担包括医疗费用在内的一切费用。

1. 财政分权与地方主义

自 20 世纪 80 年代的财政包干体制改革，以及全面向地方放权让利的经济改革以来，一个财政上的单一的中央集权体制已不复存在。西方学者对财政包干体制通常持有正面的评价，认为其导致了一种中国式的财政联邦制格局，使中央政府的权力（非政治性的权力）大大削弱并有力地促进了非公有制经济的发展[1]。这一财政联邦制的走势在 1994 年的分税制下，通过中央与地方的妥协得到进一步的确立。地方政府尽管不拥有类

---

[1] 参见陈抗：《财政联邦制与地方政府行为》，以及钱颖一：《地方分权与财政激励：中国式的财政联邦制》，"公法评论"网站，http://www.gongfa.com。另见 Gabriella Montinola，钱颖一和 Barry R. Weingast：《联邦主义的中国模式：经济成功的政治基础》，《世界政治 World Politics》，1996 年。这篇论文对美国的中国当代政治研究产生了相当的影响。

似联邦制下的征税权，但正式拥有了14种地方税收的支配权，还有权自由支配庞大的预算外资金，不用与中央财政分成。地方政府在1994年的《预算法》中也未拥有类似于联邦制下的发债权，但地方财政预算却开始正式脱离中央政府的控制，预算案不再由中央政府批准而改由地方人大批准。省级政府对省级以下各级政府的转移支付也由各省自行决定①。

地方与中央在财政收入上分开，必然带来政府支出义务的划分。地方相对独立地享有对地方赋税的支配力，也就以相对独立的责任主体地位，向该地区的民众承担了一部分政府职能和政治责任。但是，目前地方与中央在财政收入上的分权是较为清晰的，在财政支付上的责权划分却长期存在着相当的模糊性。这是一种极不寻常的情形。美国经济学家 Roy. Bahl 曾指出这是发展中国家财政分权改革中一个常见的本末倒置的现象。从理论上说，应当由事权来决定财权，中央政府首先必须确定地方的支出责任，才可能反过来达成对税收收入的合理分配。但是 Bahl 分析说，“支出责任的划分更多地涉及到政治方面的问题”，这些问题将使行政性的财政分权向着政治性的地方自治转变，如要求中央权力放弃对地方大员的人事控制权②。这是发展中国家的政治体制往往感到无法承受的。于是长期以来，中国的财政改革停滞于财政收入的分开，但财政支出和相应的政府分权却停滞于责权不明的状态③ 平常这一模

---

① Robert·D·Ebel：《财政分权和公共支出管理》，世界银行网站，http://www.worldbank.org.cn.

② Roy Bahl：《财政分权制的实施原则》，世界银行网站 http://www.worldbank.org.cn/.

③ Roy Bahl：《财政分权制的实施原则》，世界银行网站 http://www.worldbank.org.cn/.

糊性因为惯例的存在而不被压抑，但在SARS疫情这样的社会突发性事件中，因责权不明导致的行政低效和中央与地方间的财政矛盾就开始暴露。假设疫情不幸继续扩大，这种财政负担的加剧将更加尖锐[1]。

另外，随着地区间经济发展的不平衡，地方财政的贫富也日渐悬殊。尽管中央财政的转移支付对地区财政平衡能起到适度的调节作用。但中央财政的职能，显然不能、也不应该在根本上使富裕地区的人群与贫困地区的人群享受一个平均的公共服务水平。在地方政府的财政能力出现明显差异的情形下，地方政府对于本地区社会财富的剩余索取权，就与其向本地区利益负责的财政责任发生了紧密的联系。地方的分殊利益在一个非集权式的经济和财政体制下便凸现出来。这种趋势和夫妻共有财产制的变化是类似的。在大部分夫妻双方收入比较平衡的时代可能相安无事，但在收入高度悬殊的时代就会向着夫妻双方的分别财产制演变。在传统中央集权制的思路下，要求地方从全局和意识形态的高度出发，付出地区利益而无补偿的做法，就会受到来自地方越来越大的拦阻。而中央与地方之间，一些非制度化的政策谈判模式和政治惯例也在形成当中。两个突出例子是90年代末期国务院将部委系统的社会保障移交地方的决定，及1998年大洪水之后强迫长江上游省份退耕还林的决定所遭遇到的困难和谈判。

---

[1] 2003年4月27日，北京出台了《北京市关于非典型肺炎患者医疗费用有关问题的通知》，由地方财政负担非典患者的医疗费用。2003年5月6日，温家宝在国务院“全国农村非典型肺炎防治工作电视电话会议”上强调“对农民患者一律实行免费医疗。各地都要不折不扣地执行这项政策。农民（包括农民工）中的非典患者，从留验、隔离到治疗的全过程一律实行免费，包括免费提供住院和伙食”。这也是要求地方财政自行负担执行政策的成本。

地方独立财政的确立，尽管事实上得到了中央政府适度的默认[①]。但中国的“分税制”尚不能称为一种宪政意义上的分权。地方利益在政治上的正当性，并未得到法律的承认和价值观念的支撑。地方政府往往也缺乏有效的手段和制度渠道去公开表达和伸张这种分殊利益。地方对某种地区利益的维护一旦不符合中央政府或一般公众对于全国整体利益的评估，就将被简单斥之为“地方保护主义”。地方政府因此也往往会寻求和制造具有伤害性的、不正当的地方保护主义措施。中央权力在行政系统之外，可以很方便地通过政党系统和意识形态的说服力，在政治上对地区分殊利益的正当性进行不容置喙的否定。而在一般民众的价值预设中，也倾向于认为“中央政府”代表着全国范围内一般人群的利益，倾向于认为这种整体的利益立场是唯一正当的，必然高于任何一个地域人群的个别利益主张。地方政府将地方利益的最大化作为公共行政的目标，先考虑本地域的利益后考虑其它地域的利益，由此形成一个个分散化的公共行政中心。通过这种分殊的地区利益之间的制度博弈，去竞争全国性的公共政策决策或确保公共政策的合理性。这样一种新型的多中心、非集权的、本质上属于联邦主义的治道模式，无论在现实中还是在价值观念上，似乎都还显得相当遥远。经济上，中国已进入一个地方利益日益成熟、地方财政日益独立的后中央集权制时代。但传统的大一统思维和现代意识形态的媾合，仍然有效地支撑和强化着中央集权制的思维范

---

① 甚至在中共十六大上，地方在财权上的分立开始更进了一步。十六大政治报告提出了中央与地方在国有资产产权上的分立。地方政府在公法上的独立主体地位越来越明显。这使其与中央在政府职能和财政责任上的划分成为一个亟待解决的问题。但这一问题的解决须放在宪政主义的思路甚至联邦主义的框架下，方有可能的腾挪空间。

式，造成中央与地方政治体制变迁的艰难。在平常，能够将地区分殊利益之间的冲突予以有效压制和威慑的力量，仍然是易地为官的传统人事制度和更高意义上的政治威权。在中国历史上，中央权力总是通过牢牢控制地方大员的仕途，来迫使疆臣牺牲和背弃正当化的地方利益。但这种人事控制一朝失效，就会导向成倍反弹的诸侯政治。在目前地方民意机构和社会舆论均缺乏有效施压途径的情形下，一种以政治威权为体、人事权为用的行政控制模式，加上利用任官回避制淡化地方官员与地方利益之间的血肉联系和道义责任[1]，这种对地方利益主张的打压和对一种整全利益的维护，轻而易举就能办到[2]。但突发事件和公共行政危机之于宪政转型的意义，在于地区利益的主张，可能因为某种危机的凸现而在特定期间增强其正当性，使地区之间及地区和中央之间的财政冲突获得谈论和妥协的机会，从而可能促成制度的良性变迁。

---

① 参见本书第5章之“本土化和易地为官”一节。世界银行专家在讨论中央与地方的财政分权制时，也将“由地方任命主要官员”和一个独立的“地方议会”列为财政分权系统“必需具备的条件”之一。见 Roy Bahl：《财政分权制的实施原则》，世界银行网站 http：//www. worldbank.org. cn/。

② 季卫东认为，“在目前迫切需要解决的中央与地方的日益尖锐的矛盾方面，我赞成郑永年、吴国光的观点，即跳出‘集权’与‘分权’的两分法，寻求一种能统合中央与地方立场的制度安排，这意味着形成某种中介机制，达成制度上的妥协。其中十分重要的是要处理好国内政府之间财政关系”。参阅郑永年、吴国光：《论中央地方关系：中国制度转型中的一个轴心问题》，载《当代中国研究》第45期。季卫东：《宪法的妥协性——对联邦主义及社会整合的看法》，载《宪政新论》，北京大学出版社2002年版。但季文的观点轻易回避了“集权与分权”对于地方利益正当性的确立，是一种无法超越的现实。将思路过分放在虚假的制度设想上，而不是放在地方利益寻求正当性的努力和相关冲突之于制度设想的推动力上

2. 外部性

在讨论公共行政的方向与模式时，哈丁提出的“公有地悲剧”和奥尔森对于“集体行动逻辑”的分析，是两个著名的模型。这两个理论都可在科斯定理下用“外部性（externality）”的概念加以解释。公有地因为产权的开放使得任何人的放牧都是无成本的，这是成本外溢的外部性，刺激牧人的放牧行为，造成过度无节制地放牧。而在奥尔森分析的集体行动逻辑中，如果一个人不被排除在一种集体物品所产生的收益之外，他就不会积极地去参与集体物品的供给。这是收益外溢的外部性，造成人们常说的搭便车行为。科斯指出产权界定的衡量标准，是看怎么样才能最大程度地消除外部性。外部性是不可能彻底消失的，但一般来说，只要产权界定清晰，就足以克服一项行为的外部性，防止上述两种情形下因外部性而产生的无效率状态。另外有些事情是必然存在外部性的，不可能通过私有产权的界定去消除。如维护生态环境和交通顺畅。这类事物或条件被称之为公共物品（public goods）。制度经济学家们认为公共物品因为存在着不可消除的外部性，不可能通过私法的保障来实现资源的优化配置，因此应由政府来提供。

进一步的问题是，当“政府”不是一个整体性的单一概念时，各种公共物品到底该由地方政府还是中央政府来提供更好呢？在联邦制国家和原单一制国家的财政分权改革中，“外部性”也是判断中央（联邦）与地方政府财政责任划分的一个有效概念。通常认为，收益或成本外溢程度较高的事业，应由中央财政负担，比如军事、社会福利和社会保障。汉密尔顿曾在

联邦主义的思路下，详细论述过为什么军事（共同防务）必须由联邦来提供的理由[①]。而外部性程度较低的事业宜于由地方财政负担。比如医疗卫生事业，其受益范围有着较强的地区性，大多数国家都列在由地方政府负担的责权范围内。在地方拥有独立财力的情形下，应尽可能由地方政府去负担那些外部性并没有强到必须中央权力介入的政府职能，这样可以使政府的管理和税收都更贴近大众，“处于最基层的公众就能够自由选择他们所需要的政府类型，并积极参与社会管理”[②]。也可以用哈耶克关于“知识分立”的概念解释为什么地方政府能够提供比中央政府更好的行政服务，并更容易受到监督。在单一的中央财政下，有一个形象的比喻：一个面积广大的花圃，中央政府就像花圃中心的喷泉，不管如何均匀地转动，受益最大的始终是喷泉周围的那一块地（首都），越是离权力中枢远的地方，受益就越少。同时这也养成了接近权力中枢的周围地区对于中央财政的依附性。加上行政系统内部也存在着严重的信息不对称，中央财政的职能越大，地方对于中央财政的敲诈和欺骗就越厉害。

财政问题和赋税问题一样，影响着立宪政体的塑造和变迁。

---

① 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1997 年版，第 123 页。汉密尔顿是从各州的共同利益出发，而非在单一制下一般从维护中央的威权出发来阐述其理由的。因为在由各州负责防务的情形下，边境各州负责防务的收益将高度外溢，因此内陆各州将不会花钱在防务上。这样边境各州的财政压力极大影响整个联邦的安全，甚至因为边境某个州的短视而使整个联邦处于危险，同时如果军事力量集中在少数几个州，又将使其余各州产生恐惧，破坏联邦的平衡。

② 罗伊·巴尔：《财政分权的实施原则》，世界银行网站 http://www.worldbank.org.cn/。

3. SARS 的外部性问题

要求政府负担 SARS 病人一切医疗费用的观点，认为 SARS 具有较强的传染性，因此是一种外部性极强的疾病。即是说它的危险和代价并不由感染者独自承担，而是由与感染者生活在一起的整个人群集体承当。感染者对此一般并无过错。因此害怕感染的人群应该向感染者购买这种防止感染的权利。即由政府花钱把感染者隔离起来并进行治疗。张五常撰文否定了这种观点，认为患病不构成一种可以配置的权利，不能拿来与烟囱的污染相类比。因为没有人会在权利界定清晰的情形下愿意患病，患病者和周围人群都将为此病付出可能是生命的代价。权利的界定对外部性的消除是没有意义的，所以"向感染者购买防止感染的权利"的说法不能成立[1]。张认为，SARS的确具有外部性，但不能以科斯定理来推论。准确的说法应该是政府为了全体社会成员的利益，向感染者购买他（她）与生俱有的一种权利，即人身自由。我同意这种看法，因此尽管《传染病防治法》没有规定对传染病人的强制隔离应该给予补偿，但对无过错的感染者的人身限制，的确已构成了政府给予被限制者的补偿责任。

但强制治疗和强制隔离又有不同，后者针对和侵犯了病人的人身自由，理应补偿。但前者却维护了病人的生命权。就算病人不愿治疗，这也属于民法上的无因管理行为。应由受益者即本人承担治疗费用，尽管社会公众也从一个病人的康复中间

[1] 张五常：《从高斯定律看瘟疫市场》，宪政论衡网站，www.xianzheng.net。

接获益。但这最多只能产生政府在病人无力承担医疗费用时的补助义务，不能因此豁免感染者的自我支付义务。因此属于政府职能范围的只能是因强制隔离带来的补偿责任，和对于无承受能力的患者基于一般社会福利原则的经济补助义务。要求政府负担一切 SARS 病人的所有治疗费用，出发点固然好，但却不恰当地夸大了政府在社会中的角色。在财政上将政府设想为一个上帝，这和在政治哲学上将国家放在至高者的位置上一样危险。希望利用政府来解决一切问题，担负一切责任，也就是希望政府享有无限的权力。对于政府财政支付职能的任意扩大，也就是对于政府财政收入权限的相应扩大。这种要求忽略了社会在解决医疗负担问题上存在着政府财政以外的诸多途径，个人的自我负担和家庭融资，保险业的商业化分担，社会保险基金的运作乃至慈善捐赠[①]、商业捐赠等等。而对政府的财政能力和行政效率给予了不恰当的迷信。要求政府负担 SARS 病人一切医疗费用，听起来似乎是一项基于人道主义的要求，实质是发出了一个反宪政主义的要约[②]。

---

① 2003年4月24日《北京市地方税务局关于对防治非典型肺炎捐赠有关所得税问题的通知》，规定对捐赠现金和财物给予所得税计税扣除，以鼓励捐赠。

② 当时在北京天则经济所的讨论会上，著名维权人士王海曾作了《建议人大授权政府为所有“非典”患者买单》的发言。茅于轼在评论中指出，第一，如果一个百万富翁的患者也要政府以税收来负担，是让人难以接受的。第二，由中央财政负担，不提地方政府的责任，是否合理也还需要讨论。这是笔者所见在当时几乎唯一对类似观点公开提出质疑的。即使是在自由主义学者中，多数人在公共危机中也会不自觉地回归于中央集权制的思维范式。http://www.unirule.org.cn/。

4. SARS 疫区的外部性问题

即使政府在一定程度上对患者的医疗费用负有财政责任，那么应由地方政府负担还是中央政府负担呢？如前述中央与地方在某种"财政联邦制"模式下并未清楚界定财政支付的责权范围，而《传染病防治法》也没有针对传染病防治的财政责任进行规定。以 4 月 20 日卫生部副部长高强的新闻发布会为界，SARS疫情未得到有效控制的真实情形被披露，各地正式进入对突发公共卫生危机的防治和处理。但在近半个月的时间内，各级政府在财政责任上的反应不一，所确定的责任范围也大相径庭，可以说出现了较大的分歧。卫生部发言人接受媒体采访，表示《传染病防治法》并未规定政府应当支付传染病的治疗费用，政府只能对无力承担者进行补助。财政部 4 月 23 日公布成立 20 亿非典防止基金，除了用于医疗设备和条件的改善以及提供医疗人员的补贴外，其用途之一也仅仅是"对无力承担医疗费用的病人进行医疗救助"[1]。直到 5 月 1 日，四部委联合发出《关于非典型肺炎患者和疑似病人缴纳救治费用有关问题的紧急通知》，对于医疗费用也采取各级财政统筹和对无力承担者提供救助的模式，各省对医疗费用上采取的财政措施大多也都是这种辅助性的救助。但疫情最严重的北京市，却主动对本市几乎所有 SARS 病人采取了非个人承担的行政措施，要求患者所在单位、同级财政和各类社保基金合力为病人支付

---

① 《财政部公布中央财政 20 亿元非典防治基金的用途》，南方网，http://www.southcn.com/news/china/zgkx/200304231069.htm

医疗费用[1]。此外宣布全部由政府提供免费治疗的省份，还有疫情并不严重经济也不算发达的湖北省。该省财政在中央拨款之外拿出2000万元建立起‘非典’防治基金，宣布“治疗“非典”病人（包括疑似‘非典’病人）一律免费，由各级政府统筹解决”[2]。

有论者提出由中央财政负担医疗费用的一个理由，是时间紧迫。认为“中央政府可以在最短时间内做出可信的承诺，而地方比较迟缓”[3]。这也是一种典型的对中央政府行政效率和利益立场的迷信。事实如上所述，中央财政一直未做出学者们所建议的财政承诺[4]，反倒是北京市和湖北省政府做出了力度上最接近的承诺。原因就在于地方的分殊利益造成了制度选择上的不同偏好，而利益的偏好往往比普遍利益更靠得住。

强调在突发事件中的地方财政分权，一个基本的古典自由主义经济学的假设，就是不会有人会比自己更关心自身利益。名义上代表全国整体利益的中央政府，是否会比北京市或湖北省更关心当地的疫情？中央财政负担说和一切推崇中央集权体

---

① 《关于非典型肺炎患者医疗费用有关问题的通知》，新法规速递，http://www.law-lib.com/.

② 《省政府办公厅关于解决非典患者治疗经费问题的紧急通知》，见《湖北省人民政府关于加强非典型肺炎防治工作的通告》，新法规速递，http://www.law-lib.com/.

③ 参见笔者与秋风的讨论：《关于中央财政负担再回秋风》，宪政论衡网站，www.xianzheng.net.

④ 2003年5月6日，温家宝在国务院“全国农村非典型肺炎防治工作电视电话会议”上强调“对农民患者一律实行免费医疗，各地都要不折不扣地执行这项政策。农民（包括农民工）中的非典患者，从留验、隔离到治疗的全过程一律实行免费，包括免费提供住院和伙食”。但这并非中央财政的承诺，而是通过行政权威，要求地方财政自行负担执行政策的成本。

制的理论，其实都建立在一个对此肯定作答的前提之上。SARS的传染性意味着病人与非病人之间的外部性关系，这是要求政府承担部分财政责任的根据。但这里还存在另一个外部性问题，即疫区和非疫区之间的外部性关系。由于SARS的爆发和传播就全国而言仍然是地区性的，绝大部分病人集中在如北京和广东等个别省份．而传染性或者外部性必然会随着地域的扩大而减低，SARS病人对于北京人群的安全所具有的危险性，和对于一个非疫区或疫情极度轻微的地区人群的危险性，是有天壤之别的。对于政府财政负担甚至中央财政负担的迫切要求也可能大相径庭。事实上许多省份只需要严格检疫外来人员，甚至为了本地民众利益对外地尤其是来自疫区的人员采取扩大化的、甚至是一刀切的强制隔离措施，就基本上可以免除危险。这些省份对采取类似行政措施的迫切要求，显然大大高于对中央财政负担的需求。因此中央财政负担只是一个让极少数疫区严重省份受益的公共政策。这少数几个省份（尤其是北京和广东）恰好又是财政力量最雄厚的地方之一。在此情形下不积极诉诸对地方财政的要求、反而一味呼吁中央财政，既是一项极不公平也注定无效率的舆论，也是一种被中央财政和中央集权制的传统所误导的思维迷误．

出于对自身利益和安全的关注，北京市政府愿意由财政负担医疗费用的需求，其实大大超过中央政府　寻求疫区政府的财政承诺，比寻求中央财政的承诺更有效也更及时　事实也证明了这一点。这涉及到外部性的另一个问题，即外溢的收益如果是一种非排他性的收益，且这种外溢不会影响相关人群预期的既得利益，收益的外溢就不会对相关人的行为选择构成外部性的影响。如女士们不会因为使用香水会被他人闻到，从而减少香水的消费或选择搭便车去闻别人的香水。SARS的防治也

是一样，北京市不可能因为防治工作间接对其它省份有利而降低防治的投入。SARS疫情对北京本土的即时的安全威胁，数十倍地高于其它省份，防治工作所预防的风险与带来的收益是如此巨大而必不可少，其它省份会不会因此获益，不会对北京市财政负担的决策构成任何消极影响

对那些只有极少数甚至完全没有 SARS 病人的省份而言，地方财政的支付能力绰绰有余，并不需要中央财政出面负担一切治疗费用。而对那些疫情严重的地区而言，地方政府负担治疗费用的利益驱动也数十倍地高于中央政府。就疫区和非疫区的关系而言，SARS防治工作不存在严重的外部性问题，而非要由中央财政出面承担一切治疗费用不可。同时须区分一点，防与治是两个方面，防的工作对非疫区而言具有相对较高的收益外部性，而"治"的工作针对非疫区而言收益外部性是很微弱的。中央财政的有限拨款把重点放在"防"上而不是放在对医疗费用的负担上，其实是较为合理的财政划分。相比之下，真正具有较高外部性需要中央政府出面的，不是治疗费用问题，而是地区之间的隔离措施。

5. 隔离：外部性与行政目标的差异

地区间的各种隔离和预防措施，具有极高的外部性。疫情最严重的地区，为保障其它地区的人群安全，最需要采取与外界的隔离措施。但疫情最严重的地区，恰恰最缺乏采取对外隔离措施的利益驱动，因为这是一项收益完全外溢的行为，北京市如果宣布封锁，禁止市民外出。隔离的成本和政治利益、经济利益各方面的损失都将由北京市独力承担，巨大的收益则是

由所有非疫区人群共享的。因此除非大多数省份愿意一道为北京市提供补偿，或直接呼吁中央政府出面宣布封锁北京市的对外交通，才可能解决这一因外部性带来的地区间利益冲突问题。否则即使疫情更为严重，北京政府也不太可能主动采取对己不利的措施。即使在学界，人们只听见北京的学者们频频要求由中央财政负担医疗费用，但尽管几乎所有省份都希望北京市能主动将自己封锁起来，人们却听不到北京的学者们建议北京市采取对外隔离措施[1]。

更重要的一点，因为北京为首都，中央政府与北京市存在着极大程度的利益重叠。因此中央政府、北京政府和其它省政府之间在隔离措施问题上，出现了比财政负担问题更尖锐的利益冲突和行政目标的差异。除了北京市因为利益的外部性问题而不愿支付被隔离的代价外，中央政府出于与北京的重叠利益，以及牵扯全局的政治利益和意识形态的考虑，甚至可能比北京市政府更不愿意隔离。这些顾虑对大多数省份来说却并不重要。因此尽管"万众一心"的防治非典工作如火如荼，人们却看到在行政管理和公共危机处理上非常无效率的一幕：由全国各省、各市去严防死守，监控、隔离、甄别、检疫和制止外来人员，而不是由极少数疫情的重灾区主动隔离和限制人员外出。这就和科斯讨论的工厂烟囱的例子非常相似了。不是大家凑钱给烟囱买一个净化器，而是大家一人一个净化器[2]。仅从经济效率看，地方财政可能累计为此多花掉了几十倍的钱。

---

[1] 在京学者据我所知，只有中国政法大学学者萧瀚一人曾提出北京市应当实行"戒严"，以防治疫情对外扩散。

[2] 参见科斯：《社会成本问题》，载《财产权利与制度变迁》，上海三联书店1995年版，第3页。

卫生部在4月8日颁布通知，“将传染性非典型肺炎（严重急性呼吸道综合征）列入法定管理传染病”。我国《传染病防治法》明确将传染病分类为甲、乙、丙三类，并规定卫生部可以决定后两类的新增传染病病种，国务院可以决定新增甲类传染病（目前只有鼠疫和霍乱两种）的病种。但卫生部这个通知只字不提SRAS属于哪一级传染病，只在规定可采取的控制措施时说“可按照《中华人民共和国传染病防治法》第二十四条（一）款执行”。这一条款是“对甲类传染病病人和病原携带者，乙类传染病中的艾滋病病人、炭疽中的肺炭疽病人，予以隔离治疗”。从卫生部的权限看，SARS的定级应是乙类传染病，但事实上SARS的传染性远超过艾滋病和肺炭疽，而达到了甲类传染病的程度。同时，尽管《防治法》规定经市一级政府决定，可以宣布疫区，并可依法采取各种强制措施。但疫情极端严重的地区如北京市，从未正式宣布为疫区。很多省份都曾对某些地段采取了事实上的封锁措施，对SARS病人和疑似病人之外的人群也采取了强制性的隔离。《防治法》规定只有甲类传染病才能经省一级政府决定封锁疫区。而只有依法封锁疫区，政府才有权将对人身自由的限制从传染病人扩大到一般人群。但因为国务院并未明确将SARS列为甲类传染病，因此一切封锁措施和针对疑似病人及普通人群的强制隔离措施毫无疑问都侵犯了公民的宪法权利。

在疫情中，绝大多数省份均颁布过防治条例或政府通告。大多数省份都对来自疫情严重省份的人进行强制性的身体检查、健康情况登记，或对与病人有过较深接触的人进行强制性的观察或隔离。也有少数省份对来自严重疫情地区的人进行一刀切的强制隔离。其中长春市在5月2号发布的公告，采取的隔离措施最为严格。其隔离范围也扩大到极点：一切由外埠返

长的市民及与其有过接触的人员，必须在家中强制隔离14天，一切4月18日之后抵长的外埠人员，必须在指定宾馆强制隔离14天[1]。这些严重侵犯公民人身权利的极端措施，和平常情形下政府侵犯公民权利的一些案例不同，很大程度上是因为疫区和非疫区之间、以及地方与中央政府之间在行政目标和分殊利益上的严重冲突所致。一些地区在恐慌中不得不选择极端手段以求自保。一方面因为危机的急迫性，一方面因为中央政府在外部性最强、最需要超越地区利益去行使职能的事项上，却出于自身利益的衡量而陷入无能，不愿将SARS明确列为甲类传染病，更不愿在疫区采取封锁和交通隔离等措施。地方的各种大胆举措在中央集权制的主动退却下获得了一种临时被容忍的"政治正确性"。以至中央对这些举措均网开一面。于是相当一个阶段内，在公共利益的名义下，构成了对于一般人群宪法权利的大规模侵犯。假设疫情不幸继续扩展，一些地区势必还有更极端的措施出台，而中央集权制下中央与地方关系的矛盾也可能尖锐到难以敷衍的程度。

SRAS事件因此为思考中央与地方的制度转型、甚至为思考整个宪政转型的模式提供了难得的例证。在今后类似的公共危机和群体性事件中，一个常设的全国人民代表大会、尤其是一个可以直接代表各省平等利益的议院模式（参议院）的缺席，可能使危机下的地域冲突除了转化为政治问题之外，无法期望获得一个技术性的出路。一个非常设的全国人大，不可能在类似的突发危机和地方冲突中出面对政府的公共行政选择构成制约和审视，并提供恰当的谈判桌、或充当地方利益冲突的

---

[1] 长春市《做好返长市民和外埠来长人员非典型肺炎防治工作的通告》，新法规速递网站，http://www.law-lib.com.

调停人和仲裁者。而全国人大的常委会如果在公共危机中强行出面，则可能造成与积累公众和地方对它的合法性的质疑，并转化为对常设议会的一种制度需求。

6. 结　语

借用外部性的概念，可以分析中央与地方、及地方之间复杂的利益冲突和行政目标的差异，观察这些冲突和差别对政体变迁的推动或阻隔。重大突发性事件的处理，一般都需要各级政府的协调合作。因为所涉事项超过常例，责权模糊，也易在不同政府之间造成巨大的外部性，从而非常规的影响行政系统的效率。重大的突发事件容易对中央政府与地方政府的职能划分和责任承担构成一个挑战，加剧如"领导批示"的传统技术手段的耗散速度。当传统的中央集权制下的常规技术手段突然遭遇效率上的边际时，一种普通法式的发现规则、积累规则的制度变迁之路，或许是值得期待的[①]。政府间的责权不明也好，地区间利益分殊也好，将得到一个集中凸现的机会。某种突发的危机可能使特定地方的利益陷入险地，也将激发地方政府暂时性的摆脱传统官僚体制的制约，敢于发表和维护自己的利益。某种表达和维护的方式，在特定条件下也不易在政治上被轻易地否定。因此有助于地方政府发挥某种显赫的作用，并有助于地方政府加强与本土社会之间的亲和关系，推动地方政

[①] 2006年1月9日，国务院发布了《国家突发公共事件总体应急预案》。近年来，针对越来越多的突发事件和公共危机的处理，开始形成一些新的技术和对传统中央集权制下的行政框架的调整。其对制度转型的影响还有待观察。

府和地方首脑对于本土利益立场的认同，为一种不过分依赖中央集权制的多中心的治道模式，积累历史经验中的路径。

第十一章

立宪政体中的赋税问题[1]

民之饥，以其上食税之多，是以饥。

——《老子》七十五章

国家的税收就是国家。

——柏克《法国革命反思录》

近年法学界在研究宪法中的财产权问题及评论财产权入宪时，比较忽略宪法意义上的赋税问题。财产权固然是宪政的一个基石，但两者之间必须一个技术性的中介——国家赋税，才能放在制衡公共权力的宪政逻辑中自圆其说。如前述财产权原则是对立宪政体的一种在先约束。约翰·马歇尔大法官曾如此强调财产权对于政体的重要性，他说，“征税的权力事关毁灭的权力”[2]，但国家的维持离不开赋税，“不征收与开支金钱任

---

① 本章主要内容，以《立宪政体中的赋税问题》为题，发表于《法学研究》2004年第5期，此处作了修订。

② McCulloch v. Maryland, 4Wheat. (17 U. S.) 316, 4 L. Ed. 579 (1819).

何政府都无法存在"[1]。从私有财产到国家财产，只有两种方法可以完成这个转换，一是基于暴力或议会同意的直接占有，二是受到法律的普遍性约束的国家赋税[2]。国家直接以暴力方式攫取私有财富，可以将其视为对财产权和立宪主义的彻底否定。一旦使用赋税方式，就意味着国家在逻辑上对财产权在宪政制度之先的认同。凡以赋税方式获得岁入的国家，就产生出立宪政体之下的赋税合法性问题。

1. 赋税的合法性

当私有财产是在先的，国家财产因而是正当的。用下面这个递进来表示：

私有财产的不可侵犯性——→无代议士不纳税——→国家赋税的正当性。

1215年英国约翰王宣誓同意的《大宪章》63个条款中，至少有一半关乎对私有财产的保障。《大宪章》第一次通过立宪的方式，将财产问题与政治问题挂起钩来。它规定，"国王非经贵族和教士组成的大会议同意，不得向封建主征收额外的

---

[1] E. C. S. Wade and G. Godfrey Phillips, Constitutional and administrative law, Longman Group Ltd. (1977) 9 ed., p. 186.

[2] 休谟首先看到了法律的普遍性是对权力的一种重要约束。立法者必须通过任何人在同等情况下都将普遍适用的法律进行统治，将极大地限制立法者的可欲范围。因此他提出"法律之下的自由"概念。布坎南在区别国家的"赋税"和"索取"时，也诉诸于"普遍性"的特征：国家对个人财产的索取必须通过普遍性的征税而不是个别的"直接占有"来进行。"普遍性"是对国家征税权的一种约束，也是赋税概念产生的一个标志。见布伦南、布坎南：《宪法经济学》，冯克利、秋风等译，中国社会科学出版社2004年版，第9页。

税金"。同时非经法律的审判，也不得剥夺任何自由人的财产。这是历史上第一次在制度上确立了私有财产不受侵犯的原则，在政治的逻辑上把私有财产置于国王的封建权力之外。在之后的一百多年间，大宪章数十次地被反复推翻和确认，在古典宪政主义的政治实践中逐渐演变成了先同意后纳税的原则。1265年，贵族孟福尔自行召集英国史上第一次议会，英国议会的形成过程也表明，议会主要是一个纳税人会议。在15世纪之前，批准纳税也几乎是议会唯一的和最重要的职能。议会的发展史表明它最初体现的并非一种民主理念，而是财产权作为对主权者在先约束的一种宪政理念。英国有一句法谚，说"税收是代议制之母"。西方的议会选举长期以来，都以纳税人作为拥有选举权尤其是被选举权的主体身份。这个道理反过来就是"无代议士不纳税"（No taxation without representation），成为其后美国为摆脱英国殖民统治提出的一个正当理由。

后来，西方国家关于纳税的诸多主体资格限制逐渐淡化，实现了普选权。这是民主理念后来居上的一个结果。同时从间接税的角度看，在现代商业社会当中也几乎没有人是不纳税的。因此从在先的财产权原则出发，普选权也可以在宪政主义的框架下解读为一种关于赋税的政治合法性。之所以说财产权首先是一个宪法问题而不是私法问题，因为公法与私法之间横亘着一个赋税的合法性。有一种观点认为民法是阻挡国家侵犯私人的伟大界碑。但私法本身并不能确认任何针对国家权力的在先约束，因此也无力在公权力的侵犯前进行自我辩护。这在罗马法的经验中有足够的教训[1]。宪法意义上的财产权，是一种先于国家征税权的财产权。这意味着所谓赋税就是对私有财

① 王涌：《论宪法与私法的关系》，北大法律思想网"法学文献"

产的正当的和初次的索取，所谓“私有财产不受侵犯”，首先是指私有财产不受非法赋税的侵犯。财产权在宪政制度之先的意义，首先是制约国家权力对财产权的第一次攫取。而私法意义上的财产权，却是一种后于国家赋税的财产权。赋税对私法而言也是一个在先的、无从质疑的前提。这是宪法的财产权和私法的财产权的第一个根本区别，试用下面的公式表达：

宪法上的财产权 - 国家赋税 = 私法上的财产权

举简单的数例。假设有一人去年获得了10万元的个人收入，国家通过各种税目和税目外的理由强制性从中征收了4万元，宪法意义上的财产权指的是最初的10万元，民法眼中的私有财产权仅仅是指剩下的那6万元。问题是剩多少取决于国家拿走多少。如果国家拿走8万，民法就只保护2万；拿走9万，民法就只能保护1万。私法在宪政秩序中的职能很清楚，它的口号是“你只管征税，剩下的事情归我”。赋税问题的引入，可以使人看到那种认为财产权只需要物权法保护、不需被看作宪政的一部分的观点为什么是错误和自负的。

在解释为什么会产生政府时，经济学家奥尔森曾说明他的理论得益于对中国20世纪20年代军阀混战的理解[①]。在讨论上世纪的军阀混战为什么没有向着地方自治的联邦化、宪政化方向发展时，一般思路比较看重春秋大一统的文化路径和千百年来形成的全国地域分工格局。这些对武力统一的意图都有着强大的诱惑和支撑。统一首先是一种经济上的需求，即对于赋税垄断权的渴望。对于20世纪早期谋求统一的南北军阀而言，继续借助传统的意识形态，以武力谋求中枢的攫取者地位，显

① 张宇燕：《民主的经济意义》，见《公共论丛：经济民主与经济自由》，三联书店1997年6月版。

然是比推动地区之间契约化的整合方式更加直接（也很难判断是否更加便宜）的一种选择。韦伯在解释国家概念时，说国家的本质是对暴力的合法垄断。具体一点，这个暴力垄断的最终目的就是对于赋税的垄断。奥尔森考察了“流寇”与“坐寇”的区别，认为政府的出现是一个从“流寇”到“坐寇”的过程。这个过程并不是社会契约带来的，仅仅是出于无政府状态下各个“匪帮首领”的一种自利动机，因为“流寇”随机扫荡式的掠夺（保护费式的索取）会使人们更倾向于接受“坐寇”的稳定和普遍性的税收。由于长期驻守明白了不能“涸泽而鱼”的道理，也使“坐寇”的贪婪有所节制。所以明智而自利的“流寇”们会在“看不见的手”的引导下逐渐稳定下来，通过战争“选举”一个王出来，用一种稳定的、赋税的方式来垄断对一个地区的掠夺权。相对于流寇而言，人民也会觉得接受坐寇的统治是比较合理的

立宪政体首先关心的是“寇”与“王”、“赋税”与“保护费”之间，怎样才能被清楚地划开？这就涉及到赋税的政治合法性问题。从理论与经验看，人类迄今为止的文明资源，区分统治者和收敛者的政治合法性有三类[1]。一类是超验的即各种“奉天承运”式的神学或伪神学的合法性。在启蒙运动前是主流，之后则日渐干涸。在此名分下构建的国家必然具有某种政教合一的神圣性，从而在赋税问题上构成了向社会成员进行强制征收和“圈钱运动”的最主要依据。一类是经验主义的合法性，是前一种政治合法性“被时间和习俗驯服和软化”（贡斯当）的结果。另一类则是宪政主义的合法性。它将政府“圈钱”的权力看作最重要和最首先的一种权力，并将此种权力的

---

① 参见本书第三章之“政治的合法性”。

合法性放在财产权的在先约束及代议机构的“同意”之上。如柏克所说，“国家的税收就是国家”。政府的一切权力无不来自并从属于赋税。“坐寇”一旦选择赋税的方式，就意味着展开了一种统治方式上的妥协。老百姓的私有财产就对政府的赋税垄断权构成了一种事实上的在先的评价标准。从英国遵循《大宪章》的立宪史看，宪政所要求的赋税的合法性，就来自统治者和民众追求自身利益最大化的一个理性的妥协过程。如穆勒在《代议制政府》中说，“政府的利益在于课以重税，社会共同体的利益在于尽可能的少纳税，少到只能维持政府的必要开支”。因此立宪主义对政府权力的制约，首先体现为对政府征收赋税和使用赋税的限制。

赋税的合法性，也是现代宪政国家和代议民主制度萌生的一个起点。在对东南亚各国民族独立运动的考察中，詹姆斯·C·斯科特指出，对于民众而言，“独立的主要意义就是终结赋税”（可以联想中国史上“闯王来了不纳粮”的民谣）。斯科特引用另一位学者的研究说，“在16到19世纪欧洲国家立国期间，赋税是引发大规模起义的唯一至为突出的问题”[1]。近代英国、法国和美国三大宪政革命，几乎都由国王滥征赋税而引发。在私有制下，因为征税需要老百姓同意，加上技术原因，征税通常都会很困难。难到国王不得不开议会来谈判。这是选择做坐寇的代价。英国大致从亨利一世开始，因为王室的世袭岁入日渐入不敷出，对赋税的依赖开始加强。亨利一世采取了许多拉拢世俗贵族的做法，加官晋爵，擢新保旧，企图在不改变统治方式、不放弃赋税垄断权的旧框架内维持压倒一切的稳

① 詹姆斯·C·斯科特：《农民的道义经济学：东南亚的反叛与生存》，程立显等译，译林出版社2001年7月版。

定[1]。1214年9月，英王约翰开征盾牌钱，导致贵族的拒绝和军事反叛，引出了后来的《自由大宪章》，确立了征税必经被征者同意的税收法定原则。政治学家达尔曾指出，代议制政府的渊源“可追溯到英国和瑞典国王以及贵族们为了解决国家重要问题如税收、战争、王位继承等所召集的议事会议”。只有在立宪政体和私有制的观念下，赋税才成为现代意义上的赋税，而不是保护费或中国政治传统中的“贡”。

2．税收法定原则

“罪刑法定主义（法无明文不为罪）”与“税收法定主义（无承诺不课税、法无明文不征税）”，通常被视为现代法治的两大枢纽[2]。在两种统治方式下国家对社会财富的攫取并不需要老百姓同意：一种是前述政教合一的神学统治，它的反面是宪政主义；另外一种则是“普天之下莫非王土”的公有产权制度，它的反面是在先的财产权原则。为什么政府从公民手中拿走财产是需要公民同意的？“有一个简单的事实摆在我们面前，所有的宪政国家都是私有制”[3]。原因很简单，因为财产私有，征税才需要财产所有人的同意。民主制度从本质上看是一个私有产权制度。接受了宪法概念的民主制度，是民主原则与在先

1．关于英国大宪章的史料，参见孟广林：《英国封建王权论稿——从诺曼征服到大宪章》，人民出版社2002年3月版；丘吉尔：《英语民族史》第二卷，南方出版社2004年2月版。

2．守文：《从涉税大案看税收法律主义》，中评网：www. china - review. com。

3．陈端洪：《国家权力作为财产——政治腐败分析》，北大新青年网站。

约束原则的结合。没有财产权，政府对财产的处分就不需要征求任何非财产主体的同意。就像如果新娘没有民事主体地位，同意结婚与否就问她的父母，反倒和她本人没有关系。一个基本的逻辑是，赋税并不是在产权未定的情形下，政府和公民约定的一个分配比例，这种模式只能叫做"坐地分赃"。政府是在产权确定的情形下，从属于公民的私有财产中索取一部分，这才成为政治学意义上的"赋税"。杨小凯的研究曾指出公有制经济的一个好处，就是能够因此避免收税的交易成本，"顺便也一劳永逸地避免了执政者在财政上仰赖民意机关的威胁"[1]。以中国为例，直到90年代初期，赋税问题都没能够成为推动公民与政府之间进行制度博弈的力量。因为在公有产权制度下，政府首先不是一个收敛者，而是一个所有者。它的主要财源来自于整个公有经济体制的利润，不来自对私人财产的索取（这种索取已一劳永逸的完成）。政府之所以不需要依靠源自民间的赋税来维持运行，因为整个民间已经被它吞掉了。国有企业的"利税"长期以来也是放在一起讲的，实际上"税"长期以来都无关紧要。只有当收税是收别人的税时，收税才会成为一件有难度的事。但公有制经济却几乎避免了这种冲突。它不需要从私人那里收税，它对社会财富的攫取主要不通过"税收"这一本质上属于私有制的方式完成。它对社会剩余的索取手段主要是计划经济和国家征收。除了政府作为所有者的利润收入外，在低工资和非契约化的劳动体制下，劳动者的大部分劳动所得也都在公有制经济内部，以各种非税收的方式被攫取和积累。如据学者计算，前40年中国农民平均每年有260亿被无偿掠取。"在价格剪刀差形式内，隐藏农民总贡

---

[1] 杨小凯：《土地私有制与宪政共和的关系》，思想评论网站。

献达8000亿元”。

宪法学者皮伦（Pilon，1998）甚至称中国的宪法是“追求无限政府的一个纲领”[1]。尽管现行宪法在公民权利和国家架构等方面，与大多数西方宪政国家的宪法文本区别不大。但中国宪法文本中仍有一些常被观察者忽视的重大的欠缺。譬如所有宪政国家，都在宪法中规定了税收法定原则，并几乎无一例外地将此权力仅仅赋予给议会，在两院制下尤其将批准税收的权力赋予给下院或众议院。如法国宪法规定，“征税必须依据法律规定”。日本宪法规定，“新课租税或变更现行规定，必须有法律或法律规定之条件作依据”，这里的“法律”指狭义的议会立法。美国宪法第7条中将“规定和征收”税收的权力赋予国会，并在第6条中规定“一切征税议案应首先由众议院提出”。但我国1954年以来的四部宪法中，从未对赋税问题加以规定。国家征税权的宪法归属至今是阙如的。既没有规定谁有权决定收税，也没有规定怎样才可以征税。更不用说明确收税是否需要代议机关的同意。布坎南将赋税立法带来的“财政约束”视为立宪主义的一个重要标志，和对民主制下的“选举约束”的一种必要补充[2]。如果没有在先的财产权，就意味着没有针对国家财政能力的任何约束可言。如果不依仗赋税，政府的财政能力也就失去了任何法律上的限度，只能导致一种“天下神器”、唯政府执之的全能主义政治模式。因此在彻底的公有产权制度下，不可能有真正意义上的赋税，也不会产生出立宪政体。国家因此也并不需要在宪法中对赋税的合法性做出特

① 杨小凯：《土地私有制与宪政共和的关系》，思想评论网站

② 布伦南、布坎南：《宪法经济学》，冯克利、秋风等译，中国社会科学出版社2004年版，第10页

别的规定和解释

全国人大直到1984年，颁行了一道授权立法的条例：

第六届全国人大常委会第七次会议根据国务院的建议，决定授权国务院在实施国营企业利改税和改革工商税制的过程中，拟定有关税收条例，以草案形式发布试行，再根据实行的经验加以修订，提请全国人民代表大会常务委员会审议，国务院发布试行的以上税收条例，不适用中外合资经营企业和外资企业。

这一授权条例后来被长期滥用，从此制定和征收赋税成为政府部门几乎不受控制的权力。至今，我国所有税收法律的80%以上是由国务院以条例、暂行规定等形式颁布的。全国人大的税收立法只有三部。国务院甚至再次将该授权下放给财政、税务部门制定各种具体规定，基本上形成了政府想用多少就可以决定向老百姓征收多少的赋税格局。这就演变出一个怪现象，政府每一年的用度（财政预算）需要拿到全国人大去审核批准，而政府在税目、税率和预算收入上的调整却可以不需要纳入预算提交全国人大批准。政府也完全可以超出预算进行征收[1]。这使全国人大的预算案成了只管出不管进，睁一只眼闭一只眼的半部预算。在宪政国家，代议机关的预算权有两个特征，其一是与征税权紧密相连，如在英国，政府的征税和支出必须以预算案的形式逐年向议会提出。财政大臣会在每年的4月1日提交预算案，发表预算演讲。并按照最早由格莱斯顿

[1] 甚至政府税收超出预算成为财税部门一种竞相标榜的政绩，如财政部长项怀诚在1998年接受记者采访时说，"总理命令我在今年的最后两个月内，税收要比预算多收200个亿，而我做到了" 另根据国家税务总局统计，2003年全国税收收入共完成20450亿元（不包括关税和农业税收），完成年度预算的108．2%。

在1860年开始采用的议会惯例，预算演说“被装在一个红色的敲碎了的盒子里”提交下院[1]。由下院通过决议使税率的变化生效和对征收年度税重新授权。其二，预算必须涵盖政府所有的收入和支出。但在我国这两个特征目前都不具备。由于宪法只规定了公民的“纳税义务”、没有确立“税收法定”原则的征税权条款；仅规定全国人大享有“审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告”的权力（宪法第62条），没有规定只有全国人大才有权决定征收赋税；因此导致我国目前的国家预算体制，是一种与税收法定原则脱节的、以及一种不能有效涵盖所有政府收入的预算。因为国家最初不是基于财产权原则和赋税上的较量而产生的，代议机关也首先不是纳税人讨价还价的场合，“税收法定”原则自然就在公法上被长期摒弃。同时因为公有制体制全面改变了国家攫取私人财富的方式，长期以来私人财产较少，事实上亦无从产生赋税上的重大压力。因而赋税问题直到上个世纪90年代晚期，都并未成为中国社会个人利益伸张的一个焦点。

在这种情形下，即使有全世界最先进的物权法，也不可能有效保护私有财产权。它不能保障私有财产在赋税的漏斗下能够剩下多少，更不能通过“税收法定”原则实现对政府财政能力的控制，从而釜底抽薪地制约政府的权力范围。政府运用及滥用每一项权力都是要花钱的，花钱的动机通常是为了某种回报。一旦离开了赋税和财政问题，对政府权力进行的任何制度约束都是不太可靠的。只有控制住国家的钱袋子，才能在根本上抑制政府系统滥用权力的动力。控制住赋税就等于控制住了政府滥用权力的本钱，削弱政府滥用权力的财政能力。

[1] 参见王建学：《作为宪法问题的预算权》，未刊稿。

在英国，赋税合法性的确立历经了近千年的演进。但后进国家有了先例和代议机关的框架，这个过程会变得很快。最贴近的例子是由商人主导的清末宪政运动。在1906年前后，以商人为主的立宪派促成了“预备立宪”。各省咨议局成立后的工作，最引人注目的一项是对清政府赋税和预算权力的争夺[①]。商人们自发地履践了“无代议士不征税”的原则，他们呼吁：

国会不开，则财政不能监督；财政不能监督，则吾民朝以还，政府夕以借，吾民一面还，政府一面借，又谁得而知之？谁得而阻之？徒然使吾民于租税捐派之外，多一代官还债之义务，吾民虽愚，又谁愿以有限之脂膏，填无底之债窟乎！

更令人振奋的是经过短短几年努力，在1911年武昌革命前夕，首届资政院迫使清政府放弃其独立财权，成功的将当年清政府的财政预算核减掉了7790万两银[②]。有一个资料可以对照这种成就的制度意义。纽约市仅仅在此3年之前（1908年），才出现了全世界第一份议会对市政府开支进行详细监督审查的现代预算案。假如承认政治制度不是一个针对自然界、而是针对统治者的驯服过程。那么把1911年的清政府预算案，视为中国几千年史上罕见的、比任何社会革命都更具有“革命性”的一个宪政化的进步，也将丝毫不为过。

---

① 刘军宁：《中国商人的宪政情怀》，载《共和·民主·宪政》，上海三联书店1998年版

② 杨小凯：《民国经济史》，载《开放时代》2001年9月号。

3．赋税水平

奥尔森比较了专制制度和民主制度下各自的税收水平。专制统治者为追求自身最大利益，其收取的税率，往往会高于它提供的公共服务水平所需的那个税率。这是容易理解的。因为使专制者收入最大化的那个税率，取决于它在新增国民收入中能够得到的份额。它提供公共产品的限度就是：最后一块钱的公共支出必须能够给它带来一块钱的收入，否则就不会支出。这样一种更高水平的税收，会对全社会资源的配置和激励造成扭曲和抑制。但奥尔森的研究指出，在民主制度下，多数派在市场上的收入分布会引导他们“掠夺”比专制者更少的赋税。

我们假定使统治者收入最大化的那个税率是1/3，而议会中的多数派个人收入的1/3是来自于市场的，假如统治者发现最后一块钱的税收会使国民收入减少三块钱。最后这一块钱还要不要“索取”呢？如果这个统治者是独裁者，掠夺现在这一块钱的后果仅仅是在未来少收一块钱的税（新增收入的1/3），两相抵销。但是现在的钱显然比未来的钱更值钱，因此最后一块钱的税他还是要收的。但这个统治者如果是议会中的多数派，多数派会因为征收这一块钱的税而在未来损失两块钱（减少的国民收入中有一元钱的税，和他们在市场上一元钱的个人收入），那么议会投票的结果，毫无疑问将减免这最后一块钱的税收。[1]

---

[1] 张宇燕：《民主的经济意义》，见《公共论丛：经济民主与经济自由》，三联书店1997年6月版

奥尔森的结论是，由多元化的利益群体在民主制度下通过博弈来决定的税收水平，必然低于由狭隘的单一利益群体在非宪政体制下所决定的税收水平。通俗点说，就是纳税人决定的税率一定低于靠征税吃饭的人决定的税率。在立宪政体下，纳税人可以通过立法游说和司法审查两个制度环节及制度之外的言论空间的博弈来降低税率，切实保护自己的私有财产和市场整体利益。但无法这样做的时候，博弈就只能发生在行政执法的环节了。如果税率和税种的确定在公法上是根本不可谈判的，是纳税人不能参与的。宪法制度没有给私有财产留下任何自我伸张的余地，那么老百姓的选择必然是千方百计的偷漏税，以获得在假想的立宪政体下有可能获得的利益。换句话说，公众普遍的偷漏税成为维持一种非立宪政体被迫承受的机会成本。

当一个政府不依赖自己作为财产所有者的收入维持运作，而越来越依赖于对私有财产以赋税方式进行的索取。将最终在纳税人与国家之间构建起一种权利与义务相当的宪政逻辑，承认财产权原则对国家权力的在先约束，确立“法无明文不收税”的宪政原则。不然只能靠各种政府部门令出多门的苛捐杂税来对应政府职能天然的膨胀趋势，这只能使赋税的政治合法性进一步地被普遍质疑和削弱，使广泛的偷漏税行为从根本上无法清除，由此累积起更严重的政治合法性危机。

奥尔森指出在相同社会服务水平下，宪政国家的税率会比非立宪政体更低。有必要指出另一面，即在不同的社会服务水平下，假如一个较高水平的赋税的确是公共利益所需的，也只有宪政制度才能为赋税提供最足够的政治合法性，去说服民众认同这个较高的税率。这在历史上也不乏经验的支撑。以18世纪的英法两国为例，英国光荣革命后的平均税率，高于当时

绝对君主制下的法国，但人民却似乎更乐于缴税。法国国王收更低的税，反而收得加倍艰难，老百姓也更容易怨声载道，甚至最终诱致了摧毁性的大革命。这是一个新兴宪政国家“税收法定”的赋税，和威权正在没落的专制国家横征暴敛的赋税之间的天壤之别[①]。如果简单地说是苛捐杂税引发了法国大革命，显然是不得要领的。认为法国大革命是横征暴敛造成的，那么横征暴敛在政治学上到底是什么意思？横征暴敛指的是一种缺乏合法性和说服力的税收，不是指它的税率高到了某一个阈值。恰好相反，只有立宪政体下具有政治合法性的赋税，才可能支撑一种较高的税率。整部人类的立宪史无可辩驳地说明了这一点：今日全世界税收水平最高的国家，无一例外是宪政国家。在人类史上专制主义最强盛的时代，最流行的一种税率水平是10%（什一税），中国汉朝时甚至实行过三十分之一的低税率。全世界从古至今，没有一个专制国家有能力收取超过国民收入50%的赋税，而不会在短期内迅速垮台。现代国家赋税能力的逐步提高，恰恰是与承认私有财产在先约束的立宪主义的过程相一致的。正是宪政民主制度，使政府能够从私人那里，征收到古往今来的暴君们做梦都无法想像的赋税。

4. 直接税和间接税

目前各国的赋税结构基本上以直接税为主，其中又以所得税为主要税种，尤其是个人所得税（包括具有个人所得性质的社会保障税），往往在政府收入中占据最显要的比重。这是市

---

① 杨小凯：《土地私有制与宪政共和的关系》，思想评论网站。

场体制发展的一个必然趋势。这一所得税超过流转税的趋势，对立宪政体的确立也具有非常微妙的意义。

英国学者穆勒曾经描述了19世纪英国人关于直接税和间接税的一场争论。所谓直接税，是指直接针对个人的财产或收入征收的、不可能再转嫁给他人的税种。所谓间接税，是针对财产的流转行为征收的、可以依次转嫁给他人的税种。如批发商把商品卖给零售商，他购买商品时缴纳的税就作为成本转嫁给零售商了。在当时的英国，支持直接税的人提出：在直接税制下人人都知道自己最终纳了多少税，如果所有税种都是直接税的话，人们因为税收而使个人财产减少的感觉就会异常强烈，在使用公共支出时就肯定比现在更节约。而间接税的纳税人并不是最终意义上的纳税人，随着商品的流转，流转税的大部分都会被转嫁给商品流转的最后环节。人们在缴纳间接税时自然就不会那么心痛。一位日本法学家也提出，间接税会带来一个很严重的政治后果[①]。他说，间接税使纳税人在法律上被置于一种“植物人”的地位，或者就像是商品价值流转中的一颗螺丝钉。这就使“纳税人作为主权者享有监督、控制租税国家的权利，并承担义务”这样的宪政理念“几乎不可能存在”。他指出，“只要消费税（即间接税，笔者注）占据了国家财政的中枢，就会造成人们不能监督、控制租税国家运行状况的可怕状态”。

从历史经验看，征收间接税可能激起的纳税人的反抗，的确远远不如直接税。即便统治者到处设立关口、层层暴敛，只要这种税收能像“传销”一样可以继续转嫁给他人，往往也并

① 北野弘久：《税法学原论》附录5，中国检察出版社2001年版。转引自肖雪慧：《纳税人、选举权及其他——兼答喻权威》，载《书屋》2002年第6期。

不一定导致广泛的抗议。以美国独立战争来说，英王也并不是突然向北美征税的，征税是自来就有的事情。但以前的税都是间接税，美国人也向来没有多大的意见，他们把间接税仅看作做生意的一道成本。所以并未主张过“无代议士不课税”的原则以示抗议，更遑论革命。但在1763年，英王试图将税加于所有的官方文件上（印花税），由此遭到北美人的强烈反弹。印花税是一种无法转嫁的直接税。简单说赋税问题引发了独立战争并不确切，应该说因为英王对北美征收直接税，才由此引发了美国革命。其实除非技术条件限制，一切专制者都是更喜欢间接税的。一个较低的直接税的平均税负，可能激起的不满和反抗，会大于一个较高的间接税的平均税负。在现代社会，唯有所得税尤其是个人所有税，是从尘埃落定属于自己的财产中硬生生交出去的一部分，已不可能再得到任何补偿和转嫁。因此所得税的确最能引起纳税人的“税痛”，使其寝食不安，从而在国家赋税与私有财产的关系上产生真正的关切。直接税的纳税人对自己利益的伸张是最无顾忌的，对赋税一丝一毫的的提高都会辗转反侧，问一声“是不是非要提高，不提高不行”？这样更有助于在私有财产、赋税和宪政制度之间，搭建起一种稳稳当当和锱铢必较的联系。

因此个人所得税尤其是累进制的个人所得税在西方各国的确立，也是比各种间接税的征收更艰难的一个过程。这一过程与立宪的过程是紧密相连的。以英国为例，个人所得税起源于与拿破仑同时代的皮特（pitt）首相时代，但因为民众高声反对而屡遭撤废。直到格兰斯顿执政时期，废弃此税的努力在遭遇多次失败之后，才从此在英国税制中无异议的固定下来。但一直到20世纪，个人所得税的征收都还很麻烦，要与政府年

度预算一样由议会一年一度的通过法案[1]。美国直到19世纪末期才开始征收个人所得税和公司所得税，但很快被最高法院判为违宪。直到1913年通过宪法第16条修正案（国会有权对任何来源的收入规定和征收所得税），才确认了所得税的合法性。累进的个人所得税的分歧则更大，在宪政主义早期被穆勒称为"一种温和的抢劫形式"。哈耶克直到20世纪60年代，仍然对累进税率及其效果持毫不留情的批评和保留态度[2]。宪政经济学的代表布坎南也从经济学模型的分析得出结论，认为累进制在政府税收的最大化上，征税效果并不如比例税率更好[3]。西方各国宪政实践早期对选举权实行限制的时候，直接税的纳税人往往是享有选举权的必要条件。如法国大革命后的选举法规定，"每年缴纳直接税达三天工资以上者享有选举权"，称之为"积极公民"。其部分的合理性在于直接税纳税人对国家的付出、反抗和监督都远比间接税纳税人高。后者则普遍因为搭便车的心理而更可能接受非立宪政体的、"分赃"式或"坐寇"式的索取方式。

直接税与间接税在立宪政体下的区别，对市场经济国家的制度转型具有极大的启示意义。维持政府运作的赋税，必须要从每一个公民的财产中直接获得。这是任何一个非宪政国家并不乐意看到的局面。但各国市场发展的经验表明，所得税尤其是个人所有税，将迅速替代流转税成为国家赋税收入的中流砥

---

[1] 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年4月版，第364页。

[2] 哈耶克：《自由秩序原理》，第20章《税制与再分配》，邓正来译，三联书店1997年12月版。

[3] 布伦南、布坎南：《宪法经济学》，冯克利、秋风等译，中国社会科学出版社2004年版，第64页。

柱，这是市场经济一个几乎必然的趋势。从立宪主义的历史看，这个经济上的结果对宪政的推动力，和宪政观念的深入人心几乎同等重要。

5. 赋税合法性的危机

赋税合法性的日益脆弱，是当前社会产生普遍偷漏税行为的一个深层次原因。这种原因为偷漏税者出于自利动机的选择壮了胆。同时偷漏税也成为了对缺乏税收法定原则和赋税水平的制度化博弈的一种替代①。早在 80 年代初期，中国政府就开始引入税收合同，并长期实行讨价还价的税收谈判制度，已经显示出赋税上向纳税人让步的软政权化特征。到了 90 年代晚期，因为宪法财产权原则的缺位，导致赋税合法性的危机，加上征税技术不逮的因素而导致的赋税弱化开始有更明显的体现。有一个案例很能说明这一赋税合法性危机的程度。东北某市一个叫做杨八郎村的地方。据中央电视台的报道这个村已经长达十年以上不纳粮、不缴税。在那里没有农民负担的问题，因为每一个下来的干部都被村民们赶跑了。村民们仇视党的干部，也不怕他们。有人称这里是关起门来称大王的花果山。从国家赋税的角度讲，杨八郎村已经在政治共同体的版图之外。据报道，当地市委在 2002 年组织了一个级别颇高的工作组，

---

① 参见笔者《国家赋税与宪政转型——对刘晓庆案的制度分析》一文，香港中文大学《二十一世纪》2002 年第 6 期。其中通过刘晓庆案件，分析了中国政府赋税收入结构的特征和变化，及其对中国宪政转型和确立税收法定原则有可能的影响

市市委副书记挂头进驻杨八郎村，解决这个"无税区"的老大难问题。这位副书记讲话说，解决问题的关键是"不要把几个钱看得太重，首先要把重拾人心当作第一位的工作"。这话先已承认赋税权力在当地的失效，并认为赋税权力的来源是"人心"，有人心就有赋税，没有人心就要重拾人心，让祛魅的威权再次显魅。这个案子被中央电视台当作贯彻"三个代表"的典型事例进行报道①。

当前的赋税合法性危机主要体现在两个方面。第一是90年代晚期以来，随着市场化进程和原公有体制的萎缩，国家财政不可避免的对来自民间的赋税开始产生依赖性。市场改革日益造就了这样一个局面的诞生，政府要开始靠直接索取老百姓的钱来养活自己了。这一转变的一个起点是1980年开始征收的个人所得税，那一年全国个人所得税的总收入只有16万元。在90年代初期，赋税的影响还没有在民间和政府之间造成一种崭新的矛盾。赋税方面主要的矛盾仍然集中在放权改革下中央与地方的税收分配。这导致了1994年带有"财政联邦制"色彩的分税制的诞生。如其它税制改革一样，也是由国务院下发一个规定就决定了赋税权力在中央与地方间的重新分割，或者说中央政府将全国人大委托的制定和征收赋税的授权，再次转委托给了地方政府，这一做法显然有违目前的《立法法》。随着近年来中央政府在财政上日益陷入重负，已有了将地税重新合并的想法，但据中央财税部门透露，国税与地税的合并在较长时期内可能都不会实现②。事实上除非向着"税收法定"

① 《杨八郎村为什么不纳粮》，中央电视台网站"东方时空"栏目2002年。

② 《税收推动改革，确立法定原则》，笔者撰稿，《21世纪经济报道》2002年8月12日社评。

的立宪主义赋税原则转变，否则时过境迁，国家赋税权力已不可能再次顺利合并，中央与地方在赋税上的长期博弈也势必继续下去。赋税问题亦会成为推动地方与中央的关系最终在宪政框架内获得圆满解决的一种力量。不过赋税问题对中央与地方关系的影响，并不是本节的论述方向。但中央财政因为公有制体制的萎缩、社会保障的巨大缺口、地方在"财政联邦主义"下的自肥倾向，以及近年来持续的积极财政政策留下的隐患，再加上入世和贸易自由化使得长期以来在赋税上依赖较深的海关税收开始锐减，必将进一步加剧国家在赋税上对于民间社会和有产者阶层的依附性。而所得税尤其是90年代以来"年平均增幅高达47.5%"的个人所得税在政府赋税收入中逐渐取代流转税而成为主体，这一趋势更将强化这种不可避免的高度依赖性。

当前其实非常类似于英国《自由大宪章》之前的历史。在封建时代早期，英国王室垄断着丰厚的世袭收入和独立的王室财政，所以对赋税的依赖性也很低。像市场化改革之前的中国政府。然而随着政府的膨胀和市场化的扩张（包括军事扩张），王室开始入不敷出，对民间赋税的依赖日益加强，于是直到约翰王时代，英王一面拉拢新兴的世俗贵族，一面进行横征暴敛的掠夺。赋税的依赖性和世俗贵族的不断强大，最终使得君上的"收税"变成了一个需要开口"求人"的事情。这种冲突终于酿成议会与君权在赋税大权上的分立，确立下了税收法定的立宪主义基调。

第二个方面是法律上的名义税率与实际税收（尤其是个人所得税）之间的巨大落差，使得加强税收征管成为缓解当前财政危机的一条捷径。但这一捷径可能会对赋税的合法性构成更为持久的伤害。在今天，民间工商业的力量超过清末，而当局

在赋税上对其的依赖性也超过清末。一旦赋税问题因为加强征管，尤其是加强对个人所得税的征管，今后一段时期纳税人与国家在赋税上的争论和冲突，将与前十年中央和地方在赋税上的关系一样，成为未来最重要的制度焦点问题之一，也可能成为促成宪政转型的重要动力。当前所谓普遍的不纳税现象，是相对于我国目前比以高税收、高福利著称的多数欧美国家更高的名义税率而言的。除了一个偏低的起征点外，我们的名义税率下几乎没有可以抵免的款项。如在美国的名义税率下，捐赠、意外损失、抚养子女和赡养父母等费用在合并报税时都是可以抵免的项目。如果不对目前过高的名义税率进行务实的分析，简单指责一部分人（即便是民愤较大的一部分人）不纳税，就有过于拘泥于法律文本的教条主义之嫌。

在近年加强税收征管的趋势中，有学者不断呼吁个人所得税是解决财政危机“大有潜力可挖”的地盘。如果以名义税率为标准，个人所得税的征收的确是大有潜力可挖的。根据王绍光等人的研究，2000年我国的个人所得税仅仅500亿元，占GDP的0.57%，低于美国在20世纪30年代大萧条时期的水平[1]。而当年新增的居民存款余额近1万亿元。因为个税的起征点较低，即便我国的储蓄率高达三分之一，当年应纳税所得额的总规模也必定在这一新增存款余额的三倍左右。我国工资薪金所得的税率从5%到45%超额累进，其它收入基本上为20%的比例税率，由于基尼系数偏高，高收入者占据的余额部分也偏高，因此以20%作为一个平均利率是不会偏高的。以

① 王绍光、王有强：《公民权，所得税与预算监督：兼谈农村费改税的思路》，《今朝风流》（http://www.zaopai.com），部分内容见《读书》2002年第3期。

此推算2000年应当征收的个人所得税至少应该在6，000亿以上（3万亿的20%）。因此以2000年为例，个人所得税平均实际税负大约只有按法定税率计算的1/12。即使扣除部分公款私存，这一比例也是非常令人震惊的。这就在事实上形成了一个关于当前个人所得税税负的潜规则，即假设法定的平均税率为20%，实际的平均税负长期维持在不到2%的税率水平。但正是这个不到2%的实际税负，带来了十多年来居民收入和GDP维持在8%左右的高速增长。并且这是在国有经济高速衰退的时期，民间经济靠自己更高速的增长才支撑和贴补出了这一局面。假设一切都是"合法的"，即个人所得税税负长期维持在法定的、高于实际税负十倍的水平。很难想像十多年来的居民收入增长不会被国家税收完全淹没掉，而整个90年代经济的高速增长也绝无可能得以维系。

一个高达45%并无明显抵扣的最高边际税率，之所以会被毫无障碍地制定出来，仅仅因为立法者知道这是一个长期都不会被落实的条文。这样一个最高边际税率从来没有激起过纳税者的真正反对，除了因为缺乏影响立法的正规制度渠道外，同时也因为纳税者知道这一潜规则的存在，并以潜规则而不是以条文来形成自己市场行为的预期。这是一种关于赋税的非法状态的默契，正是这种默契造就了中国经济的高速增长和民间资本的迅速积累。也正是这种默契缓解和推迟了民间对赋税合法性的质疑和讨论。但这种默契的主动权掌握在政府手上。政府长期没有实现对个人所得税的正常征收不算违法，纳税者没有按照法律条文主动报税，却随时可能受到处罚。税收法律因此成为了一个对于政府的几乎拥有无限裁量权的授权空间，这个空间的存在使得加强税收征管、化解财政危机的呼声和非正常的税收增长拥有了一个合法化的表象。近年来，亦不断有学

者呼吁减税，然而当社会成员的实际税负从 2% 到 20% 之间，都掌握在政府执法的弹性当中时，减税还有什么意义呢？

但近年来在财政压力下，国家税务系统以高收入阶层为主要征管目标，全面执行《个人所得税法》；地方政府则通过税收之外频繁的行政收费，均违背了在十数年经济增长中形成的赋税默契。赋税的潜规则被迅速打破，国家税收出现罕见的高速增长。九五期间，全国国有企业和集体企业的下岗工人总计 4，807 万人，全国职工和城镇就业人数的总体增长率为负数。而政府在这 5 年内税收的增长率是 108．2%。2001 年到 2002 年，GDP 的年增长率维持在 7% 左右，而政府税收在两年间竟然增长了接近 50%[1]。近两年增幅有所缓解，但 2003 年税收增长仍然达到 20．3%，远高于经济增长率[2]。税收增长速度数倍于经济增长，数十倍于就业人数的增长。其中个税税收的增长最为明显。2001 年全国个人所得税收入达到 995．99 亿，比 2000 年的 500 亿增长几乎接近 100%。而且这里的"税收"概念是没有将"行政收费"纳入其中的。税费之别只在财税与行政法学上有意义，在政治学和宪法学的视野下，绝大多数所谓"费"也都是"税"，都是政府无偿和强制性的对于私有财产的攫取。因此笔者采用"赋税"这一延伸性的概念来称谓政府在公法上对于私人财产的索取，没有使用财税与行政法上的"税收"一词。

这样，因为对大规模偷漏税行为的长期默许，以及事实上

---

① 王绍光、王有强：《公民权，所得税与预算监督：兼谈农村费改税的思路》，《今朝风流》（http://www.zuopai.com），部分内容见《读书》2002 年第 3 期。

② 《税务总局：2003 年全国税收完成年度预算的 108．2%》，新华网 2004 年 1 月 2 日。

的低税率而被按捺下来的赋税冲突就可能开始凸现，也使因“税收法定主义”的缺乏而导致的赋税合法性危机浮出水面。笔者并非为偷漏税行为的正当性辩护，只是指出税收问题在今天对于重构民间与政治国家之间的宪政逻辑，具有推动性的价值。在今天，市场化的一个重要后果是迫使政府不可避免的在经济上依赖于分散化的个人。这种不断增长的财政上的依赖性，势必逐渐削弱非宪政的赋税模式的底气。而纳税阶层在逐年多缴出几百个亿，以及再也无法通过普遍地偷漏税对赋税立法进行消极抵抗的局面下，也终将寻求和拓展新的参与博弈的方式，去抑制政府数倍于经济增长的征管运动。2004 年 3 月“财产权入宪”的宪政意义之一，就是为进一步解决立宪政体下的赋税合法性问题提供了宪法上的根据。财产权一旦被接受为一个在先的宪法原则，国家如何通过正当的程序索取私人财产？就成为下一个需要回答的问题。假设赋税的立法从国务院及其部委拿回到全国人大，有关赋税的任何立法就可能成为争议最大、周期最长也最难通过的法案。这也将有助于提升全国人大在宪政转型中的声望与作为。同时对赋税问题的斤斤计较，在表面上并不具有直接的政治含义，因此可能成为民间力量开展立法游说、公开伸张自身利欲的法治化的兴奋点。这也是为什么历史经验中立宪政体的成熟往往是从赋税问题切入的原因之一。在围绕私有财产权的持续的修宪动议之后，如何回应赋税的宪政化，确立“税收法定”的宪法原则；如何将征税权从国务院彻底交还给纳税人（全国人大），让征税权与预算权相互结合，将是沿着财产权与宪政关系继续思考的一个递进之路。

第十二章

地方选举制度的转型

1. 乡镇的自治和限政：以步云直选为例[①]

能够防范权力变为专断的，不是权力的来源而是对权力的限制。

——哈耶克

2002年冬至我第一次去步云乡。在遂宁火车站与人称"中国第一直选乡长"的谭晓秋碰面。恰巧当天下起了遂宁市十年不遇的一场雪。这位谭乡长面庞方正，人过中年，神情略微内敛。这种敦厚的内敛既是其早年军队生涯遗留的气质，更多则是四年直选乡长的宦途反复打磨的结果。这种打磨与一般领导干部宦海沉浮的经历有相似一面，也有迥然的不同。从2002年冬到2003年春SARS疫情爆发之前，笔者前后三次去

① 本节原名《乡镇的自治与限政：步云直选之后的前途》，曾发表于《当代中国研究》2003年第3辑，收入许章润主编：《法律的中国经验与西方样本》，广西师范大学出版社2004年5月版。此处作了修订。

遂宁和步云作私人性质的学术调研。我带着理论上的一些预设和基于预先功课的一些期望，等待步云作为地方政改的一个"麻雀"，或者印证或者颠覆我对乡村制度转型的一些看法。论文发表后，我尝试再回步云，已明显不受欢迎。2003年之后，四川层出不穷的地方政改试验持续升温，异常令人瞩目。我当初预设大致在5个层面上。其一，行政控制目标和传统的人事组织原则，与地方自治和本土政治冲突的微妙关系。其二是第一个问题的延伸，行政职位的独立性及其与垂直化人事监督体制的冲突。在行政职位的合法性来源的改变之外，行政职位的独立性是否被视为一个具有正当性的和能被容忍的目标。政务官与事务官之别能否因选举试验而被凸现。其三，良性互动模式与政府主导模式的判断，政府主导对乡村选举制度转型所施加的影响。以及村民的回应、动员和启蒙的态势，对政府主导模式的迎合和抵抗。其四，民选诉求与有限政府诉求之间的交叉、平衡和相互阻挡。其五是政改的压力及诱惑与制度稳定性的冲突。但本章的分析并未在上述5方面平衡地展开

据我观察，谭晓秋个人的官场命运，在一场持续的乡长直选的农村政治改革尝试中承受了极大的重荷。但这并非像一般媒体甚至他本人有时宣扬的那样，是所谓直选的"民意压力"带来的。以前当官只要向上面负责，现在因为有了选票、有面对面的承诺要向老百姓负责了。这就给当选的官员带来了"民主"的政治压力和责任①。这种意在鼓励农村民主进程的善意

---

① 这方面的主要研究可参见"中国选举与治理"网站"步云直选"专题，以及黄卫平主编：《乡镇长选举方式改革：案例研究》，社科文献出版社2003年2月。杜钢健：《乡镇长直接选举改革研究》，载蔡定剑主编：《中国选举状况的报告》，法律出版社2002年12月版。大部分研究者对直选给当选官员带来的民意压力和对政府行政行为的正面影响都持较乐观甚至有所夸大的观点。

说法夸大了乡长直选的实际效果。这种夸大掩盖了步云在直选之后乡村政治发展面临的甚至更大的困境，降低了亟需进一步制度配套改革的必要性，同时这种看法对于民主政治的概念及前景的理解也流于表层和理想化。

谭晓秋是一位极其能干的乡村官员，这是那些在两次选举中落败并在访谈中对其颇多微词的他的"政敌"们也坦然承认的。在步云八个村（共十个村）随机访谈的近百名村民中，不乏有人因个人际遇而对乡政府充满敌意和完全的不信任。但在谭晓秋很能干、会办实事这一点上，他们也多会悻悻的予以承认，因为几年来一个遂宁市最边远荒僻的乡，一个原本不通车、不通电视、手机信号的乡，目前场镇规模几乎扩大一倍，有了五公里的柏油公路，集中化的农贸市场，乡级闭路电视系统等，简单的描述步云有了翻天覆地的变化是并不为过的。但这种变化当真是因为"直接民主"产生的民意压力所致吗？乡镇的"直接民主"真具有一种点石为金的效率？其实，步云乡长直选并非像一些媒体宣扬的，是出于本土社会自下而上要求民主的呼声，所谓"他们穷怕了，所以直选乡长"[1]。乡长直选的试验是遂宁市中区某些有魄力的领导拍板选定步云进行的一场大胆试验。而谭晓秋正是有魄力的当地领导慧眼看中的人选。

1.1　制度冲突：选举与人事

从学理上看，直接选举并非一种最有可能筛选出杰出领导人的选拔方式。民主选举与官僚或公务员系统的人事制度相

---

[1] 周锐鹏：《他们穷怕了，所以直选乡长》，载《新加坡早报》1999年11月4日。

比，前者的优势和目标也主要不在这里。如果将乡长仅仅看作一位科级干部，就只需要人事制度的良性运作。如果需要直接选举才能保障这一职位的效率和公正，实质上意味着整个人事组织制度的失败。而人事制度是不可能完全依靠直接选举去替代的，那么剩下的职位怎么办？问题到底出在哪里？是上一级党政的人事制度在整体上面临改革，还是乡长这个位置特殊到必须拿出来通过直接的民意进行选举？选举出来的乡长到底是一位乡村领袖呢，或者仍然只是政府人事系统中的一名科级干部？

"中国第一直选乡长"恰好是一位精明能干、众口称赞的官吏，这并非一种必然，而是步云乡长直选试验的一种幸运。在某种程度上谭晓秋面露的憔悴和民意无关，而和直选改革这件事有关。准确的说是与单枪匹马的直选改革夹在组织人事制度、夹在整个乡镇政治制度当中不上不下的困境直接相关。在遂宁火车站第一次对他进行访谈时，他正为西南某报对他的一篇"正面弘扬"的新闻报道而焦头烂额[1]。这篇报道引起了领导层的不满和批评。说这种不满缘于对他个人几年成为当地政坛出尽风头的人物，也许并不太公允。领导层对他的批评主要还是出于对"乡长直选"这件农村民主改革试验在政治上尚未获得官方高层正式认可的顾虑。2002年初的第二次乡长"直选"，是在全国人大常委会对直选突破选举法明确表态不予支持之后进行的。采取了直接选举"乡长候选人"上报市委组织部批准，再由乡人大投票确认的"三步走"的变通办法。事实上，尽管"乡长候选人"的直接投票对这一职位的影响力并未

[1] 余勇：《直选乡长不辱使命，全乡70%村民进小康》，载《华西都市报》2002年11月25日。

真正削弱，但步云的第二次直选已沦为舆论上的“直选”，制度意义上的“直选”已被迫放弃。甚至最后的人大投票确认也在观望中一再推迟，直到《四川日报》发表百岁老人参加乡长选举的照片，被当地政府视为省委和舆论的公开表态，才敢放手进行。

2002年第二次选举结束之后，遂宁市领导层和谭晓秋本人一直处在观望和保持低调之中。尽管直选引发了学界的极大关注，但在现实政治系统中却不瘟不火，总是“妾身未明”。“中国第一直选乡”这张牌能不能大张旗鼓地打出来，本地政府心中没有数。2003年春节前，一位当年参与直选领导工作的区委副书记谢绝了我的访谈。他在电话中非常慎重地说，“选举是违法的，没有什么好谈”。谭晓秋则更多的充满对个人仕途的担忧，他已明显露出疲态。1998年的当选等于是对他个人仕途的一种冷冻。他的身份在选举与人事、民意和党意之间被定格。选举的直接民意基础至少在表面上阻挡了人事制度对于他的支配力。同时又并不存在上一级政府职位的选举可能。尤其是第二次选举的变通做法在形式上更将直接选举、间接选举和组织人事制度这三种药方都结合起来，这使谭晓秋作为乡长的政治身份在任何一种方向上都暂时失去了迁升的可能。四年来他的周围升官的升官，调任的调任，甚至当年在他手下竞选落败的村干部职位都已在他之上。“像我这样呆在一个地方这么久不动的乡长”，谭晓秋颇有怨气地对我说，“整个遂宁恐怕只有我一个”。在目前推行干部年轻化的情势下，年龄是一个比民意更具有合法性的因素。他最大的担心是等到整整6年任期过完，他也将因为年龄问题失去在政府内部继续升迁的余地。2003年春天刚从市委组织部调任步云乡党委书记的李翎，是一位生于70年代的年轻干部。他对我说，仅仅在

去年，组织部就办理了一百多名乡、镇、科一级干部的人事变动，但多年来为什么不挪动谭乡长，“因为他是全乡老百姓直选出来的”。

选举制下，领导官员主要通过各级各种选举进行升迁，他们作为“政务官”向下负责。而非选举职位则通过人事制度的运作进行配置，他们作为“事务官”向上负责。但在从基层开始的直接选举尝试中，在权力来源上脱离人事制度的干部如谭晓秋，无法通过选举制度进行政治前途的晋升。他唯一的机会是竞选失败，然后以失败者的身份回到人事制度中重新成为一名体制意义上的科级干部。除非他希望永远呆在步云做一位乡村领袖（他又并非步云人），否则决定他未来仕途前程的不是什么向下负责的民意，仍然是向上负责的行政组织原则。乡政府是政府体制的最低一级，也是选举制度与人事制度相互衔接和相互界定的最低一级，如果直选乡镇长的政治改革能够推广，在最低一级展开的基层直接选举将无法在人事制度之外为大批当选干部开辟一条新的仕途。当选的干部必然还是隶属于组织人事系统，选举制度和文官人事系统之间仍然无法分开，即政务官和事务官之别无法因基层直选而呈现出来。

这也反映出选举制度与人事制度的另一重冲突，即前述选举的本土化原则和人事制度的异地为官原则的矛盾。老谭和乡上大多数主要干部一样，不是步云人，他的家小妻儿都在附近的白马镇。2002年底我们一起去步云的途中，他匆匆跑下车给家里捎去十几斤香肠。这个细节从整个关于乡村选举制度的知识体系中漂浮出来，给我印象极深。乡上主要领导都孤身一人易地为官，只有一间简陋的寝室。谭晓秋首先是被组织上派来步云参加选举的，组织上的调任是他在当地获得被选举权的前提　而他是肯定要离开步云另谋高就的，不然调任就成了一

种流放。这是一个釜底抽薪的关键。它使选举试验的性质首先是上级政府改变人才选拔方式、化解人事组织系统的责任风险和合法性危机的一种创新，不是来自本土社会利益格局自生演发出的一种渴求，因此这种揠苗助长的直选试验，不可能成为对乡镇自治这一本土性价值目标的追求。在直选试验中，选举首先是一种向上负责的选拔手段而非本土化的自治手段。在2002年初的直选改选中，乡上的武装部长曾报名参选，却因上级的人事调任而突然失去了被选举的资格。这是本土化原则和异地为官原则显示出民主选举与人事行政两种制度差异的一个例子。更为突兀的是乡镇自治和行政控制这两种价值诉求之间的鸿沟。第一，如上面所说，如果大批乡镇干部是易地为官的，自下而上的直选试验将无法为他们开辟新的仕途。民意的约束力也将因此受到极大削弱。第二，只有当乡镇自治而非行政控制成为乡镇政治制度的目标诉求时，选举制度的本土化要求才能战胜易地为官的控制原则。只有当大批乡镇长来自于本土并甘心居留于本土时，直选的民意约束才能发挥到一个正常的期望值，而选举制度对于人事组织系统的摆脱也才会真正发挥塑造乡镇自治、扶持乡村领袖的真正的民主价值，同时也不会造成对易地为官的干部们正常仕途的一种人为割断。第三，如果人事组织系统不放弃对正式候选人的支配和操控力，真正意义上的选举就无法展开；但如果人事组织系统当真放弃对人选的控制力，就等于放弃易地为官的人事原则和传统政治体制的行政控制目标。执政党的组织系统不先将一个干部调到某地来，他就根本无权参加该地的选举。易地为官的党政干部是乡村社会中唯一突破并超越在户籍制度之上的人群，换言之是唯一不需要办理暂住证、也不要求居住时限而能在居住地获得选举权与被选举权的人群，哪怕刚刚调来才一天。因此彻底放弃

对这一人群的控制力，就意味着至少在人事上实现彻底的乡村自治。这在更深入的宪政体制改革展开之前，显然将越过可能被体制接纳的农村政治改革的底线。在步云的第二次乡长直选中，组织人事系统表面上放弃了对正式候选人的提名，谭晓秋必须与其他候选人一起进行预选。但这发生在谭晓秋已是步云乡的乡长，是"步云人"的前提之下。这一矛盾因此并未在选举中暴露出来。

这些内在冲突使这一场乡长直选试验对于推动农村甚至城市民主进程的象征性的开创价值，以及民主启蒙和涵养农村民主渴求的舆论价值，远高于其探讨制度转型的价值。

1.2　直选与代议：基层民主的两种前瞻方向

步云乡除去常年在外打工者，常住人口接近12,000人。规模较小是当初市中区选定这里进行直选试点的重要原因。我国一般的乡镇人口在数万，近年来一些省份的合并乡镇可达到十数万。观念史上，直接民主曾被认为是只适用于小规模社区的民主理想。在古雅典时代，直接选举行政领袖是与直接民主的理想相匹配的。这一理想尤其在卢梭式人民主权至上的理论下受到一定的神化。贡斯当曾对具有古典共和主义色彩的直接民主理想进行批评，他认为简单的直接民主观停留于古代的自由观，对于人们流连在广场和会议厅当中的景观充满了浪漫的和刻舟求剑的想像[1]。这一对直接民主的浪漫想像也是中国近现代民主思想史上的一个明显倾向。百年来中国追求政治民主的曲折，也积累起人们对于推动民主政治进程的迫切心情。由

---

[1] 贡斯当：《古代人的自由和现代人的自由》，阎克文等译，商务印书馆1999年12月版。

于“民主”逐渐成为一个集人类社会最近几百年政治价值之大成的一个范式概念，这种大而化之的共识使一些论述者往往分不清民主与自由、民主与宪政之间的差异，也忽视了现代政治制度建设的主要目的是在它们之间寻求衡平。

直接选举在现代社会的复兴，与代议制和复合共和制的出现密切相关。在以英国为代表的代议制下，直接民主的人民主权被具体化为间接民主的议会主权。政府首脑由议会间接选举的。这与我国目前选举法关于乡镇长由乡人大选举产生的规定比较类似。后来美国的联邦主义者提出复合的共和制理论后，直接选举才与直接民主的理想相分离，而被重新确立为一个大规模社会选举行政首脑的方式[①]。传统组织人事制度对乡镇政府干部进行全面控制的旧模式，如果必须通过选举制度的发展予以打破，那么明显存在两种思路。一是具有直接民主色彩的直接选举，即步云尝试的直选乡长，这需要组织人事系统放弃对这一职位的控制欲望，从而扭转权力的合法性来源。另一种思路是间接民主式的代表选举改革。同样需要现体制放弃对60多位乡人大代表（以步云为例）的人事控制，让村民像选举村委会主任一样选出他们邻人中的乡人大代表，然后由乡人大不受体制干扰地选出乡长和其它职位的管理者。事实上，在一场尝试“放开”的直接选举中“组织上”通过各种方法影响甚至控制乡长人选的可能性，将远远高于控制60多位乡人大代表的人选。控制后者的成本是极其高昂的，并且在村的范围选什么样的人去代表自己，村民在这件事上具有足够的信息和自我确信，只要免于直接地强制，他们受政府舆论导向的影响将微乎其微。

———

① 对此问题的详细论述参见本书第3章“代议制下的选举”一节。

我国选举制度的改革从村委会的所谓“海选”开始，一个基本诉求是选举对于人事组织制度及其背后的政党意志的克服。并通过这种克服去反思和厘清人事组织系统和党管干部原则的边界，重新获得权力合法性的民主化来源，为重构宪政关系积累经验和力量。那么问题是如果组织人事制度能够放弃对代表人选和乡镇长候选人人选的支配力，直接选举是不是一定就比间接选举更优越更“进步”呢？各地政府、学界和舆论近年来纷纷聚焦在乡镇长或乡镇党委书记选举方式的改革上，却极为忽视对间接选举改革个案的关注。如四川绵阳市也从1998年开始推行由乡镇人大代表“直接提名和选举乡镇长”的改革。尽管看上去“直选乡长”所具有的冲击力和表演性，远远大于进行乡人大间接选举的改革。这多半是由于人们关注人事和领导人物从来胜过了关注制度的展开。实际上与通行的看法相左，我的调研认为“直选乡长”的改革难度、力度和实效，都要明显小于“海选人大代表”或“人大代表直接提名和选举乡镇长”的改革。

其一，“直选乡长”更有可能做到收放自如，但放弃组织原则让人大代表自行提名和选举乡长却可能松出去就收不回来了。如在步云两次乡长选举中尽管乡人大名义上是选举领导机构，在预选中却被有意置于较次要的地位。在组建选举正式候选人的“选举团”时，尽管现成的乡人大代表也是贯彻了组织意图选出来的，但部分因为非常设，部分因为乡人大显然已不是一个更容易控制的机构，因此被搁置不用，反而组织了一个主要由乡村两级党政干部为主（在163人中占据133人，其余村民代表中也有少量党员）的选区联席会议。这是一件极其微妙的制度安排，以最保守的选举程序，为最激进的选举改革护航。孰难孰易已一目了然。

其二，如果权力缺乏分立制衡而在职能上高度集中，领导人的地位和重要性就会被放大。谁当乡镇长就是至关重要的。这正是“直选乡长”试验受到异乎寻常关注的一个重要背景。对制度转型而言，消除这个背景比直接选举或间接选举的区分更为重要。但直选显然并不有助于消除这个背景，反而在民意基础的支撑下会强化民选乡镇长的权力，使这一背景获得新的说服力。直选后的步云是一个典型的例子，谭晓秋在步云的权力中心地位和其与乡党委书记的关系，与中国绝大多数乡镇相比有明显的差异。他能够因此拥有足够的权力与人事空间是他四年来执政成功的一个关键。他在步云的权威和势力，是中国最著名的乡党委书记李昌平也不敢奢望的。

其三，“直选乡长”仅仅改变了乡镇长的产生方式，对整个乡镇政治结构和权力体制并不构成明显冲击或是潜在的制度影响。如果缺乏权力分立制衡的制度安排，缺乏信息透明和行政公开，那么选民在投票结束之后，就从公民退回到了集体组织的雇工。期望依靠三年一次（2004 年修宪改为 5 年）的直接选举就能构成对于权力的民意制衡，是非常天真的想法。但人大代表直接提名和选举乡镇长却不仅能改变乡镇长的产生方式，更重要的是将凸现和激活乡人大在乡镇权力体制中的地位和独立角色。一个逐渐握有人事大权的乡人大对于乡镇长乃至乡党委的制衡、监督的动力和可能性，也远超过投票之后一哄而散的全体乡民。乡人大的地位一旦抬升，不是意味着整个乡村领袖的诞生，而是意味着整个本土的领袖群体的诞生。中国古代的乡绅自治和“村镇共和”的理想，就可能透过乡人大的手段在整体上被复兴，这就为进一步的制度博弈、全面的乡村政制改革以及宪政与民主价值在其中的衡平埋下了伏笔。回顾台湾民主转型的经验，从 1935 年日据时代开放市议员和街庄

协议会员的“处女选举”以来，长达半个世纪的代议制选举经验，是台湾上世纪 80 年代末走向民主化转型的重要前提[①]。如果说“直选乡长”的伟大试验在整个乡村政制中有些像单刀突进，那么一旦落到实处的间接选举改革就是牵一发而动全身。

但在一种简单和错误认为直接选举是比间接选举更高级的、体现更优越更彻底民主形态的认识下，类似四川绵阳对间接选举制的大胆试验，长期被媒体和研究者有意忽略。在“完全由上级组织部门决策”的行政模式和“由公民直接选举”的直接民主模式之间，论者似乎看不到或是瞧不上另外的方向，即同样大刀阔斧的改革念歪了经的间接选举制度。某种所谓“一步到位”的看法忽视了代议制度在整个宪政民主制度中的根基作用，也忽略了代议制度的独立有效运作是实行行政首脑直选的一个同时性要件[②]。更忽略了代议制对地方自治的扶持和依赖，一个人大代表群体的背后，可能促成一个公共政治空间和地方政治精英成倍增长的局面。就连步云这样一个从未进行过乡人大代表选举改革的地方，在 2002 年 1 月 15 日的副乡长选举中，时任纪委书记的政党提名候选人却意外的落选，乡人大代表们把大多数选票投给了作为“差额候选人”的普通干部周建军。这种间接选举的“意外结果”近年来在不同地方多有发生。如 2002 年岳阳市人大选举市长的风波，及 2003 年深圳南山区和北京海淀区人大代表选举中一批独立候选人的集中

① 慈林教育基金会主编：《台湾民主运动史话》，台湾，2003 年 6 月版。

② 这种观点在对乡镇长直选的研究中非常普遍，如彭宗超：《乡镇自治与乡镇长直选——中国乡镇政权运行中的主要问题与根本对策分析》，见中国农村研究网。

涌现[1]。这些变化都显示着间接选举制度的更新，可能激发出的制度变革动力比学者们想像中更大。如上述分析，其对地方权力结构的冲击也将比单一领导职位的直选试验来得更直接。间接选举不但体现了对民意的精英化过滤，同时代议机构的相对庞大和选举的高度分散和底层化，也增加了组织意图的贯彻难度。在进行乡长直选试验的同时，步云也和其它多数地方一样，不但没有进行相应的人大选举改革，反而加强了对于人大代表直接选举的控制力度。在2003年初步云进行的区人大代表直接选举中，为了贯彻组织的人事意图，姓氏笔画最多的政党候选人谭晓秋和乡人大主主席焦运丰在选举公告中被排在第二和第三位，排在第一位的是一位李姓的组织部干部。但姓氏笔划最少的、唯一一位差额、无党派的女候选人反而被列在末尾。公告上注明的是"按姓氏笔画排列"。一位对此不满的干部悄悄向我指出了公告上的这个"阴谋"，因为"老百姓一般都只划前面的"，他气愤地指责说这样的选举是在"愚民"。

直选与代议是乡村政制改革的两种方向，分别标志着行政权和立法权的改革。下文将论述我国乡政权与城市政权迥然有别的立法行政高度混合的体制特点。从西方历史经验看，直接的民主选举往往会成为推动代议制度、三权分立制度以及言论与思想自由的契机。但在缺乏代议制基础、基本的权力分离机制和公众舆论空间的乡村政权；以步云的经验为例，率先进行的行政首脑的直选改革，其古典意义上的直接民主色彩较浓，其现代意义上的宪政转型的意义和价值则较差。其影响当然还

[1] 此外如中共十六大之后，各省省委书记开始普遍兼任省人大主任，近年来这一做法推广到了市县各级，体现了执政党对代议制度改革前景的一种预测与评估。

需进一步的观察和研究。但如不注意分析直选本身在现体制下单刀突进之后的困境，以及直选之外的更为重要的制度转型方向，那么关于推动农村民主选举的呼吁就将是残缺的。

1．3　限制乡政府的权力：选举和制衡

步云乡的人大主席焦运丰在回答香港媒体采访时曾说过一段意味深长的话[1]，我请他具体阐述了他的看法。他认为，“步云的民主还只是形式上的民主，离形式和实质统一的民主还很远”。这个遥远的距离就在于“还要进行全方位的综合配套改革”。焦主席认为，“光选一个乡长，不选其它干部是不够的，上面的一些政策机制都不变，乡长很难发挥作用。而且没有民间组织的发育，也不可能有真正意义上的公平竞争”。

从中国乡镇政府的现状看，限制乡政府权力应成为农村政制改革的首要目标。在这方面宪政的传统与民主观念之间存在一种张力。西方现代的宪政传统从英国大宪章时代以来的议会斗争和普通法传统及欧陆中世纪的教会体制中孕育而出，在长达数百年的时间中，限制权力的各种古典宪政技术并没有与以普选权为标志的民主制度相结合。而主要通过权力的分离和制衡，通过独立的司法和法治传统以及维护言论、信仰和结社等自由来实现。民主也能约束权力，但对这一重制衡不能盲目乐观，因为领导人选举对于划定一个有限政府的权力范围几乎没有任何帮助[2]。

乡镇长直选正是一种狭义上的民主化尝试，是在目前乡政

---

① 《凤凰周刊》2002年4月22日。

② 对民主的宪政意义及其缺陷，参见本书第3章“代议制下的选举”一节的论述。

府权力几乎不受限制并高度集中混合在一个系统当中的制度背景下进行的。它最主要的价值同样体现在权力合法性来源的扭转上，通过这种扭转为进一步的党政之间政治架构的宪政化、法治化的方向积累经验和压力。但期望通过直接选举去限制乡长、乡政府的权力这一重功能却是次要和极其有限的。对这一重功能的夸大将使民主的诉求不恰当地超越在宪政的目标之上，忽略了更加重要和艰难的制度转换，并使宪政民主的政改追求在价值目标上失衡。

根据对步云的采访和问卷，对多数村民来说最重要的关注仍然集中在土地财产权、税收与农民负担（在 2003 年 ~ 2004 年费改税和农业税豁免后已好转——笔者注）、以及计生和殡葬政策等问题。是否直选乡长并不被大多数村民看为重要。直选乡长仅是在没有其它替代方案的情况下才被群众认为是一件好事。“选总比不选好”，几乎是我在步云各个村里所到最多的一句话。场镇上的居民对直选的认同度则高得多，他们认为村里的“农民”（他们基本上不自认是农民）之所以说直选不重要是因为“民主意识太差”。但他们也承认村民最关注的上述问题，几乎没有一个是直选乡长可能改变的。农民最需要的是宪政（限政），即在乡政府的权力和自己的财产与自由之间划定一个有限政府的边界。农民在得到了其承包的不完全的“自留地”之后，更加需要得到的是一块法律上和权益上的“自留地”。谭晓秋是能干的，为步云作了很多实事。但也因此在四年之内给一个小规模的穷乡僻壤拖欠了高达 400 万元的乡级债务，超过全国乡级债务的平均水准。从债务数量可以看出乡政府的财政权力和对整个乡村社会的资源攫取能力是如何巨大。同时因为行政的信息披露不足和公共舆论监督的缺乏，我访谈所遇到的村民几乎没有一个人相信谭晓秋和其他乡镇领导没有

从各种工程中得到过回扣和“好处”，这是对所谓“民意约束”效果的一种嘲讽。他们对谭乡长将筑路工程承包给他的外侄耿耿于怀。一个村民说，“天下的官哪有不吃钱的，吃的少，又把事情做了，就是好官了”。我在某村村头遇见一个家在步云的退休工人对聚集的村民们发表了一番出人意料的高论，指出了选举可能具有的另外一种制衡和牵绊的作用。他说：“我们一定要选谭晓秋当乡长，否则这么多债务谁来负责？他们都是外地人，把乡上搞垮了，个个都想走人。刘仕国（原乡党委书记）就调走了，他要是也走了，我们去找哪个呢？”这位谭姓老人告诉其它村民，要让谭晓秋继续当乡长，“农村债务问题总要解决，等中央政策出来，才能放他走。到时候有些人该怎么办（惩治）就怎么办（惩治）”。

从维护村民合法利益和制衡政府与乡长的权力出发，乡人大如果能独立有效地存在和运作，将比由老百姓直接选举政府首脑的改制更加有效。但实际上乡人大在步云几乎是一个摆设，未在政府之外发挥任何制度性的独立功能。中国乡级政权中的党委、人大和政府基本上是一种分工合作的关系，互相交换职能的做法非常普遍。步云不存在三套“班子”，只有一套班子下的三个功能小组。如步云的乡人大主席焦运丰在领导班子中的正式职能是“协助党委书记工作，分管党务、财税、计生和村镇建设”。而一位乡党委副书记何银生的责权是“分管政法和农业大田生产”。这些职能分工贴在政府公告栏中，明确告知干部群众。如果说党委书记是董事长，乡长是总经理，那么其他党委副书记也好、人大主席也好，副乡长也好，实质都是一群副总经理。在这样一种权能高度混合的无限政府体制下，乡长职位的直接选举不但很难构成对政府权力的一种约束，反而因为乡长具有直接民意基础而使他的个人威权上升，

在班子内受到的约束呈下降趋势。并且强化了乡长对于其它合法性来源较差的职位的人事控制权。这正是焦主席主张将更多职位拿出来选举的重要原因。假设副乡长也同时由全体乡民选出，副乡长与乡长的关系就会朝着民主化、宪政化的方向更新，不再完全等同于传统组织人事系统中的上下级关系，他们的差别只在职权配置和权威高下的分工，这种分工不像在传统人事制度中那样同时意味着一种政治地位上的隶属。相反，他们将因直接选举而获得一种平等的政治上的人格。

要言之，法治和宪政是限制政府权力的主要技术。法律通过普适性的规范勘定和约束一个有限政府的行动范围，宪政通过对个人自由的确立和权力的分立制衡保证任何一种权力不至于独大。民主选举对于行政首脑的权力制约则是辅助性的。尤其在缺乏有效的权力制衡和法治保障的情势下，直接选举因为将行政首脑的决定权交还给行政区划内的全体公民而带来的竞争和制约的压力，将因为直接民意的难以捉摸、易于控制以及直接民意基础在一个集权系统中为行政首脑锦上添花的威权资源所抵消。这时如果将直选的范围扩大到行政副职甚至包含一些特殊的独立职位，也可能在行政权的内部制造出一种相互制衡和牵扯的力量，使选举带来的制约权力的功能有所发挥。但重要的还是那些将导致权力分立制衡的制度改革，如可能促成乡人大独立行使选举、复决、监督和制衡权力的人大代表的直接选举、行政首脑的人大间接选举和整个乡村代议制度的重构，及乡党委内部相应的民主选举改革等。

1.4 乡镇自治和社区领袖

在共和主义的立场看，目前的乡镇政权基本上是一个“外来政权”，公共权力被执掌在一批由组织人事系统控制的外地

干部手中。同时乡村社会因城乡二元的户籍制度和凝固化的农村集体经济组织模式，又维系和控制着乡村社会的高度的本土化、一个高度本土化社会之上的任官回避制，暗示着乡村在政治制度中的客体化。同时农村集体经济组织和土地集体所有制的存在，也带来了村民作为佃农在本土社会中的客体化。乡镇政府的主要职能变成以外来者和"内部殖民者"的身份攫取乡村物力，替乡村维持它的秩序和繁荣。这种中央集权制下的"外来政权"模式不改变，一个外来干部通过直选获得政治合法性的民选试验，其价值是不完整的[①]。

"步云模式"迄今为止，不是以乡镇自治为价值诉求的乡长直选，而是一次以人事体制改革为本位的试验。在我的调研中一位场镇居民曾一针见血地指出，选举最大的意义"就是为乡上的主要干部创造了一个公开竞争的平台"。乡长大家都想当，以前是各拜各的码头，各有各的门路，斗争是幕后的和隐秘的，也就是不公正的。这种不公正既引起群众和落败者的不满，也给整个组织人事制度和上层领导带来一种责任压力。这位居民认为直接选举的主要效果是"卸下了上头的负担"。这种看法非常透彻，因为选举不仅转移了权力的合法性来源，也转移了权力授予的政治责任与风险。人是老百姓选出来的，"现在他干得不好就是老百姓自己背时（倒霉）啊"。他激愤地说，"群众只不过是道具，还不如上头直接派干部，出了问题可以找上头"。

可以将步云两次选举的候选人报名情况作一比较。第一次有报名者15名，人数分布上大致呈现出三种社会精英鼎立的局面。一类是政治精英，即乡干部5名、村干部2名。一类是

① 参见本书第8章《宪政与中央集权》。

文化精英，步云的中小学教师4名。一类是经济精英，步云的私营企业家4名。尤其是私人老板张明从深圳专程回家报名参选，曾受到诸多媒体的关注[1]。表面上看，本地社区领袖的成长已经具有一定的规模。这也影响了我去步云之前的一个预设，以为“直选”的确来自步云本土社会多元格局的相对成熟而产生的自下而上的呼求。当年26岁的中学女教师刘凤斌是唯一一位女性报名参选者，也是当时年龄最小的。2003年2月我见到她时她已经成为教导主任。她回顾了当时组织上动员她报名的情况，她表示作为党员一定要支持领导的工作。但同时也强调“这对我也是一个很好的锻炼机会”。在确定两名正式候选人的预选中，另一位中学老师周兴义以最高票当选，他后来先后担任了步云中学校长和工会主席。刘凤斌仅以一票之差落败。

但在3年后举行的第二次乡长选举中，乡村的文化精英和经济精英就全部缺席了。经过动员，乡人大的焦主席并带头参加报名，最后全部12名报名者都是乡村两级的党员干部。表面热闹的社区领袖资源似乎一次性用尽。正式候选人、国土员谭志斌在最后的选举中仅以微弱票数输给了谭晓秋。他向我描述了当时接受组织动员决定报名时的犹豫。但最后的结果有些出乎他意料。他认为如果当时再努力一点或谭晓秋不是现任乡长，他是完全可以获胜的。作为最接近选举工作的参与者，谭志斌对选举的真实性显示出比普通群众更大的信任。但他仍对当时没有接受他人建议由自己的一名亲友去参与监票感到后悔。他特别强调必须要对现任乡长参选进行限制，否则选举就

① 选举情况参见李凡：《创新与发展——乡镇长选举制度改革》，东方出版社2000年11月版。

不可能公正。这一看法是颇有意思的，在任何民主国家，现任首脑在连任期限内均有权参加选举。从美国历届总统选举的经验看，连任成功的概率还低于连任失败。但前述一种混合集权的乡村政制加上直接民意为乡长职位添加的资源，已使谭志斌强烈感到与一位在任者的公平竞选是一项“不可能的任务”。在谈到直选有利于干部内部竞争公开化的时候，他对下级站出来与上级竞争的“负面”作用也深有感触。谭志斌非常沮丧地说，“我和晓秋以前是关系最铁的几个人”，但选举之后他们的关系开始异常疏远。乡党委副书记何银生当时也参加了报名，他在预选中获得的票数非常少，对于输给一个国土员，他尤其觉得无地自容。何银生告诉我，选举结果一出来他扭头就离开步云，整整一周都觉得没脸回来见人。他仍然是党委副书记，但他显然觉得自己的合法性已受到了挑战甚至是公开地羞辱。因此我特别和他探讨了如果非政党提名的候选人甚至普通群众当选，“会不会影响和削弱党的领导”？作为一个并不得志的竞选失败者，何银生很肯定地认为当然不会。他思维的坚决和简洁甚至令我感到意外，他说，“老百姓投票表示他们信任这个人。用这个人就加强了党的领导，用老百姓不信任的人就削弱了党的威信”。

应当说，尽管步云的两次乡长选举都未出现意外的结果，但干部群体内部的选举竞争和竞争结果的不可测程度仍然是比较高的。在组织人事部门的改革念头主导下的“组织动员”，也不能简单理解为对选举和报名的意图操控，被动员的主要意义是获得一个免除政治风险的允诺，欲引还拒也是对上头有几分诚意的试探。对乡村两级干部而言，没有被动员、没有找你谈话就主动报名，至少也是一种政治上的冒进。因此这场乡长选举开始为一个政权候选人的寡头集团提供了进行人事斗争的

制度平台，也为普通干部提供了人事制度之外"连擢三级"的新式机会。国土员谭志斌就是一个成功的范例，他在竞选失败后随即被破格增补为副乡长。这表明"直选"作为以人事制度改革为本位的一种试验仍然是相当成功的。选举前那一场破天荒的面对面竞选活动也的确有效缓和了干群之间的矛盾。但作为以乡村自治为诉求的一种选举，可以说在这个偏僻的步云乡尚未真正开始过。步云乡村社会的自组织力量和各种意义上的社区领袖还非常缺乏，直选不是本土多元力量壮大后与"外来政权"和组织人事制度良性互动的博弈结果，而是出于上级组织人事系统的改革压力和政治抱负的选择。人事体制内的这种主动选择，尤其是近年来四川一些地方频繁展开选举试验的背后，蕴含着什么别样的制度转换的复杂性，则已落在此次调查的论域之外

在步云，乡镇的自治程度并未随着乡长直选而有所增强。反而在缺乏法治力量和权力制衡的制度背景下，乡镇自治力量的生长受到了一个异己的无限权力机制的明显压制。比如少数私营企业家是有望成为举足轻重的本土社区领袖的，但在一个缺乏权力分立的大一统政府之下，以及土地等一切重要资产均被掌握在乡村干部手中的事实，使他们必须依靠与政府的良好关系而非一种高涨的参政欲望来赢得和谐与安全 农村集体经济组织的集体所有制，造成了乡村企业家与城市企业家群体在政治诉求上的一种根本性的反差。两次选举中，他们均表现得比普通群众更加地低调。

乡长直选也并未更深入的将村镇已有的自组织力量带入公共领域，尽管宗族力量和各族长的影响力早已式微，但新的大家族的力量也在恢复和聚集中，此外步云事实上还拥有实力相当庞大的自组织力量，即各种宗教信众。遂宁是四川天主教传

统比较深厚的地区之一，市区内有几座天主教堂。在步云七村有一座约150年历史的天主堂和遍布各村的受洗天主教徒800余人。这座“竹林天主堂”在天主教三自爱国会的南充教区中是一个辖区较大的“堂口”，统归南充教区的王神甫负责。当地人称为“金堂”。这间天主教堂口也有几位本土的领袖人物。天主教信徒的团契，在步云的本土生活中逐渐凸现，成为目前步云能够对本土公共空间及道德生活发挥积极影响的极少数民间自组织力量之一。这是在步云各村的调研中令人惊讶的一个发现。此外分布在十个村落的十三座佛教的寺庙或宗教场所，各拥有松散的信众数百上千。在乡村两级体制的权威和分散化的村民个人权利之间，步云并非一无所有。事实上步云已经存在一个与正式政权体制并行的民间公共领域，甚至也存在一个自生的和更为真实的选举制度。十三座寺庙各有会首一人，这十三人与十名村委会主任构成了一明一暗两套公共领域中的社区领袖。另外寺庙各有会计、出纳、保管若干人。我在薛家寨（传说是薛仁贵的宗庙）看到会计使用的账簿竟是上个世纪60年代的大队帐簿。十三家寺庙如大佛岩、红庙子等大多通过选举方式产生会首，没有任期也没有明确的程序性。各庙每年有数万到十数万的财务开支，均来自信众的捐输（当地称为“化公角”），开支账目均贴出红榜予以公告。在官方系统中，2003年税费改革之前各村的提留款收不上来，多由村干部以个人名义贷款上交，形成了普遍沉重的村债。包括举行乡长选举投票在内，干部召集任何村民会议都须给参加者2至5元的补贴，否则没有人来。所以除选举外村里已经很少集会（这也是备受媒体关注的百岁老人蔡王氏出现在直选现场的原因之一）。对照之下，步云的天主堂和十三座寺庙以非强制方式获得乡村资源，它们每年的流水总额加起来已超过了乡财政，但财务情况

大多良好，均无负债。

2001年农历5月15日，在步云举行第二次乡长直选前夕，薛家寨也举行了一次选举。有信众近百人自愿前往参加，通过自由提名、举手表决的"海选"方式，选出张志容为会首，另选出各种组织人员共计22名。位于10村的红庙子会首蔡老先生带我去拜访了大佛岩等各主要寺庙的会首。他们在村民中都具有较高知名度和道德威望，几乎所有场镇以外的村民，甚至个别村委会干部也是各庙的信众或天主教徒。在步云这样的乡村，极度缺乏舆论传媒的空间和各类非经济组织。围绕寺庙、教堂的宗教信众团体构成了最重要的自治组织和公共空间。但凌驾在乡村自生组织力量之上的乡政府，出于自上而下的行政控制目标，主动将整合和遏制民间自组织力量在文化上和意识形态上的影响力当作自己的职能。民间的结社自由尤其是农村社会与宗教信仰相关的各种结社，受到"外来政权"模式下的抑制和管束。非自治取向的乡长直选试验，显然没有、也不可能因其对民意的依赖而有助于改变这一公共权力取向。步云的十三座寺庙中至今有8、9座没有获得宗教活动场所许可证，在行政法上属于"非法组织"。区里严格控制着颁发许可证的数量，乡政府也有意识地将它们排除在体制化的公共领域之外。如红庙子的会首蔡老先生花了5、6年的努力，才在2002年终于拿到了政府颁发的宗教活动场所许可证。一位乡干部向我讲述了带人砸庙的故事，但他说近些年干部私下都对这些"非法宗教场所"非常宽容，他们会将菩萨用布包起来，等上面的检查组走了再拿开。

2003年春节，步云举行了据称是1949年以后的第一次大型庙会，政府的说法称为"游园活动"。文化干部吴治国将十三家寺庙中有执照的会首召集起来，政府不出一分钱，整个庙

会由会首们一手操办，所有费用则由寺庙自筹。乡里定下游园主题是“庆祝和贯彻十六大精神”，要求各庙将彩旗上的宗教标语和符号去掉。因为外地领导要回家过年，新春庙会提前到农历腊月27日举行。步云场镇上当晚灯火通明，万人空巷，鼓乐队和龙灯表演规模空前。有数千村民赶来参看。蔡王氏的儿媳对我感叹：“数十年都没见过步云有这么热闹了”。这次大庙会是步云民间自组织力量的一次展示，乡政府显然已经失去了低成本组织如此盛会的动员能力。这是乡政府与民间自治力量的一次成功合作，但也可以说是前者对后者的一种敲诈。因为乡政府攫取了乡村社会的巨大物力，却须依靠羽翼初生的民间自治团体的财力和组织资源才能办成庙会。说明在某一方面乡政权对本土的治理是失败的。政府没有力量与村民“众乐乐”，如果村民想偷着乐，又根本不需要政府的配合。那么一个坐在庙会主席台上讲话的领导，对乡村政治而言到底意味着什么呢？笔者的看法至少在步云，基层政权上移、重建乡村自治的条件正在成熟，从这个角度观察直选改革，直选试验对本土社会的最大价值可能在于为步云未来的乡镇自治或“村镇共和”开始积累可贵的经验和条件，并在理论上逐步为本土领袖的成长提供平台。

我对这位谭乡长谈到学术界关于撤乡并镇、乡政权退出农村、建立乡级自治组织的理论和可能的政策动向时，他表示极度关注。步云的乡长直选仍然是一种较为成功的经验。成功在于它拉开了制度变迁的更多的可能性，不是说直选本身构成了一种成功的和完整的制度改革。乡长直选是不完整的，如果说步云因为搞了直选所以快速实现了经济繁荣，这其实是对遂宁市中区的改革派领导包括谭晓秋本人能力与贡献的一种贬低。中国92000多个乡镇都没有搞直选，其中有贫有富。乡长直选

绝非针对落后地区经济发展的一个大力丸。把宪政民主的制度追求过分热烈地视为强国富民的手段，这是从清末以来一个急功近利的观念误区。对步云的农民来说最需要的不是一个可以使他们得到更多东西的制度，而是一个能够从此确认和保障他们已有东西的制度。即一个权力受到了有效制约的地方政府和一个足够充足的自治空间。

完整的说，在实现权力分离和有效制衡的宪政与法治的目标下，直选行政首脑的确是民主价值的杰出体现和实现政治权力的衡平将走的路向，也是地方政改的目标。但在今天一些乡镇选举制度改革中，有两种价值目标比单纯的乡镇长直选更亟需和靠前，或者说乡镇长的直选试验应当围绕和配合着这两个目标来展开。其一，乡级政府的职能和体制逐渐退出乡村，培育乡村自治，重建本土社会的公共生活或“村镇共和”。这一退出可以通过合并乡镇来逐步进行。而乡长直选的经验可以直接转化为地方自治组织（如乡公所）的社区领袖选举。其二，在合并后的镇一级和县级政权，通过法治技术和以宪政为诉求的更广泛的政制改革，实现对地方政府权力的有效制衡。在选举制度改革上更加重视人大代表的直接选举、政府首脑的间接选举以及整个代议制度的改造。在上前述改革无法配套的情形下，镇长的直选并不宜大规模推广，逐步推行中则可以尝试扩大被选举的职位范围，将领导副职或个别特殊职位纳入一次性的选举活动，以形成行政权内部有限的政治分权和制衡。

离开自治和限政这两个宪政民主转捩中的本质性诉求，直接选举的民主理想就会在价值序列和程度上被不适当地夸张，难免会在单兵突进之后陷入制度困境，并无法看清继续前进的方向和未知的制度风险。在我最后一次去步云时，新上任的乡党委书记李翎从市里带回一个明确的指示：保持低调，未经上

报组织部门批准同意，乡政府不得擅自接受任何媒体和研究机构关于乡长直选的采访调研。步云开始直选试验已过去五年多，而对敞开的可能性，步云乡、谭晓秋本人和遂宁市的领导层，都在等待一个政治意义上的裁判和更重要的政制改革的展开[①]。

2. 社区和村委会选举

一种传统的界定将居委会选举改革称之为“基层选举”，而将小区的业主委员会选举称为“社区选举”或“社区自治”。在目前城市居委会的改革经验中，居委会选举也开始被普遍称为“社区或社区居委会选举”。基层一词暗示着一个科层化系统的存在，反映出居委会作为政府行政控制系统末梢的传统职能和事实上的半官方性质。长期以来，居委会体制与单位和户籍体制一道，是实现对城市居民行政控制和私生活渗透的工具。换言之是一种“反社区化”的制度技术。因为曾经消泯了“社区”，才有了居委会。“社区”在市场体制下的重新兴起，题中之意必然是居委会体制的逐步衰落。从自治的角度看目前

① 原遂宁市中区组织部长张锦明是直选试验的主要决策者之一，现任四川雅安市市委副书记，在雅安继续推广“党内民主”的选举试验。2004年后国内媒体对她的公开报道开始增多，被视为近年来主动推动地方政改试验的地方官员的标志人物。谭晓秋在2005年初任期届满，转往他职，因年龄因素已不可能获得更多升迁余地，成为2000年以来地方政改“第一波”中昙花一现的“中国第一直选乡长”。张锦明与谭晓秋的不同命运，直观地显示出了直选试验的性质，不在于本土自治和乡村领袖的诞生，而在人事体制应对改革压力的主动革新。在乡村社会→乡政府体制→组织人事系统这三者的链条中，社会舆论最初的关注焦点从右到左移动，但后来人事上的收获和制度上的影响则迅速地从左回到右。

借“社区”名义而展开的居委会直选改革，是颇有意味的[①]。

从“基层”到“社区”的转捩，是从垂直化的行政控制到分散化的社区自治的演进。社区化的根本方向应是居委会作为一个行政化组织的逐步退出。居委会选举从选举半官方的行政官员转变为选举“社区领袖”。但在目前的居委会体制下，尚无真正的社区概念可言。“社区”一词对传统的居委会体制而言只是一个被鸠占鹊巢的修辞。如果不以造就社区自治、涵养社区领袖为目的，冠以“社区选举”之名的居委会直选改革其意义将是极其有限的，仍然只是行政控制目标之下的人事制度改革，即通过有限度地放弃政府街道办事处对于居委会人选的控制，通过表面的“选举”重新获得居民的程序化的政治认同，以克服目前基层行政控制的弱化和居委会体制的正当性危机。一个应引起警觉的趋势是，在单位体制、户籍制度等传统控制技术不断弱化的局面下，居委会体制通过“选举”改革反而得以强化，可能成为继续压制城市“社区化”自组织力量生长的集权式力量。

社区概念下的自治有三个重要的因素。

其一是地域。需要澄清社区自治是一种公法内的“公民的自治”，还是私法内的“居民的自治”？政治学上的“社区”概

---

① 2004年7月26日，南京举办“全国社区居委会选举培训班”。这是民政部与联合国开发计划署联合实施的“促进中国城市社区地方治理”合作项目的一部分。27日，联合国开发计划署官员和400多名参加培训的全国各地社区工作干部，一起现场观摩南京白下区南航社区居委会主任选举。近年来，已有10多个省、自治区、直辖市开展社区居委会直选改革试点。2004年3月22日，北京市第一个经海选、差额选举产生的社区居委会在崇文区前门街道鲜鱼口社区诞生。6月15日，长沙市四方坪四方社区选举产生出湖南省第一个直选的社区居委会主任。在2005年，有更多的省市开始了“社区选举改革”。

念是一个自然形成的具有较明显共同利益的社群共同体。据《布莱克维尔政治学百科全书》的解释，欧洲历史上形成的城市"社区"，首先是一个基于对土地、因而也对地方事务拥有平等权利的居民共同体。这里的地权是一个宽泛的概念，包括建立在不动产之上的一切产权形式及其相邻关系。在麦基佛的《共同体》一书中，地域也被视为共同体的必要条件。德语中的共同体概念"gemeinde"，首先强调的是对土地拥有的平等权利[①]。"社区"概念与地权密不可分。

利益的共同性也是麦基佛着重强调的共同体特征。没有较明显共同利益的人群尽管居住在附近，也不一定能构成一个社区。而附近两个大院的居住人群可能联系比较紧密，却分别隶属于两个居委会。一位城市市民，他一天的生活方式，居住、工作、购物、休闲，可能不是以"社区"或"街道办"为单位，而是以"区（县）"为单位进行跳跃转换的。他与更大范围内的上百万人的共同利益，可能远高于他和附近两条街上的十万人的共同利益更鲜明和重要。在现代城市生活中"社区"可能是一个被严重分割的概念，甚至是一个彻底的"想像的共同体"。居委会体制是一种人为的对于城市区域的行政性切割。在居民生活范围极其狭窄和不承认私有房屋产权的传统时代，这种硬性划分也能强行制造出一种相互牵连的社区利益。但随着市场关系的拓展和城市生活半径的扩大化，以及私有房屋产权的确立，城市生活的的整体性开始大于街区利益的某种人为的封闭性。这种行政性条块分割之下的居委会片区，开始缺乏基于不动产财产权利而形成的社区共同利益和公共事务。这是

---

① "共同体·社区"（community）辞条，《布莱克维尔政治学百科全书》（修订版），中国政法大学出版社 2002 年版，第 153 页。

为什么一些城市居委会选举无法像农村村委会选举一样吸引居民参加的根本原因。在农村，集体土地产权的存在和生活范围的相对狭窄造就了乡村的社区化（自然村）。但在城市，居委会体制本质上是一种强加的行政片区。在一种延伸了传统"保甲"制度功能的化整为零的区划下，有辖区而无社区。

在城市生活中，能够重新确立"社区"之分殊利益及其边界的重要因素是私法上的地权。无地权即无社区。居民身份与公民身份不同，居民首先指向私法上的财产权主体身份，而非一种宪法上的与私人财产无关的公民身份。这是社区事务之所以能够将社区之外的其他公民排斥在外的正当性理由。社区能够自治，也应当自治，在很大程度上是基于共同的土地利益和由此产生的社区公益，而非基于某种普遍性的政治权利。目前城市小区的业主自治就是一种典型的基于地权的"居民的自治"。而以居委会为权威标志的社区则比较模糊，2004年北京九道湾社区通过的《自治章程》[1]中有一个引人注目的条款，即"社区成员以居住身份代替户口身份"。有一位外地打工妹当选为九道湾的社区代表。这一事件的制度意义并非在于打破了城乡的户口分割，而是在厘定其"社区共同体"的成员资格上向着"地权"标准的回归。意味着社区自治开始从假想中的"公民的自治"向着"居民的自治"转变，从辖区走向社区的转变。

其二是社团。社区和社团在英文中可共用一个词（commu-

[1] 2004年8月14日，北京北新桥九道湾社区的23位经直选产生的社区代表，逐条表决通过了酝酿已久的《九道湾自治章程》。章程规定，"社区成员代表会议是社区民主自治的决策机构，是居民依法行使自治权利的制度保障"，社区代表由直选产生，而居委会是向它负责的执行机关。见《南方都市报》。本节部分内容亦最初发表于《南方都市报》2004年8月20日。

nity）表示，无社团即无社区。社团是发现、粘合和延伸社区共同利益的一种自生秩序。在公共事务的处理上，也可能形成一个分散化的公共权力架构。即一个成熟的社区可能拥有众多的社团力量，但并无一个集中化的权力机构。反之，仅有一个集中化的权力机构而无任何独立的社团力量存在，无论这个机构是经过选举还是通过任命产生，都仅是政府科层官僚系统的翻版，而与社区自治的概念相去甚远[1]。在私有产权制度下也成为一种合法性上有疑问的"公民的自治"。如果辖区内的公民必须通过选举强制性地让渡某些私人权利（如禁止在阳台上挂内衣或在门口放置垃圾桶），这就与社区自治的概念相去甚远，而作为一种公法意义上的选举和治理又将是违宪的。因为《宪法》规定了政府的建制，最低一级政府是乡镇（城市的街道办事处），这意味着在更小的区域内没有主权者，人民没有把私人权利让渡给一个统治者的强制性义务。所以宪法关于政府建制条款的真实含义，是在最低一级政府之下"无政府"。这也是"社区自治"的宪政真谛，即只有社团，没有政府。从这个意义上便能理解为什么"社团"和"社区"是同一个词。

其二是赋税。九道湾的《自治章程》中也有关于社区财务制度的内容，并规定社区代表会议有权审查居委会的财务报告。这就产生了另一个疑问：居委会的钱从哪里来？如果社区自治是一种公法内的自治，就会产生赋税问题。一个居民住在自己的房子里，给政府缴了一切该交的税，除了政府，他上面不应有任何另外的统治者。居委会即使是经过社区居民直选选

---

[1] 如九道湾社区的《自治章程》中提出要"鼓励社区中介组织的发展"，这是社区自治的一个真正方向。这个章程同时又强调要"强化社区居民委员会对社区其它组织的协调功能"。

举产生，居委会（或九道湾称为的社区代表会）在涉及这位居民私人利益的一切社区事务上，也并没有任何合法权力。居委会对这位居民而言，其公法身份无非就是另一个人（社团）而已。民意基础并不能赋予居委会这样的权力：将私法内的契约一致原则扭转为公法内的多数表决原则。社区是无政府的，居委会没有征税的权力，社区自治只能是一种基于私法权利的“居民的自治”，而与公法无关。事实上目前城市居民也并没有给居委会缴纳任何政治学意义上的“赋税”。居委会的经费仍然来自政府，来自公民缴纳给政府的赋税的再分配。那么由社区内的“居民”行使监督权而排除其他“公民”的权利，显然也无法自圆其说。

我国的居委会体制面临的转捩首先不是选举，而是其权力的合法性来源面临的质疑——凭什么要选举？凭什么通过选举就可以产生出某种“社区的”而非“政府的”权力？居委会体制亟需的不是通过选举得到强化，而是对其边界和权能的弱化。道理很简单，如果居委会的权力不是一种类似于政府的公共权力，不是一种公法领域内的权力，它将以什么资格拥有对居民公共事务的必要的处置权？“选举”又怎么可能创造出某种侵入私法空间的制定和执行规则的权力？一户在某地段购买了私有房屋、房屋之外就是国有土地的居民，他为什么必然归属在附近一个人为划分的所谓“社区”的控制范围？他凭什么必须以“居民”而非“公民”的身份通过投票将一部分私权利让渡给一个居委会？

“选举”并不能解决居委会在私有产权时代的合法性问题。目前在城市居民小区的业主委员会中，可以发现一种真正的社区组织的衍生。在数百上千亩地的范围内，全体居民基于共同的不动产产权及其相邻关系，开始形成一个真正的利益共同

体。一个基于私法权利的业主委员会的存在，意味着对居委会一切传统职权的合法性的颠覆和挑战。但在居委会选举改革如火如荼的同时，城市小区业主委员会的建设却步履艰难。如果将居委会体制界定为一个半官方的服务性质的公益组织，而不是社会自治力量的自我生长，那么它的领导人由街道办事处任命还是由居民选举，其实并无多大差别。一个行政化片区内的居民投票，并未带来也不应带来某种私权利的让渡，严格说这样的选举根本是多余的，就像公共厕所的管理者没必要由上厕所的人来选举一样。

在城市区域中如何重构社区自治，在公共生活空间最贴近个人的地方涵养出民主生活的某种需求和风度，类似于托克维尔在《论美国的民主》中所激赏的"民情"。需要在选举之外、又与选举制度息息相关的三个方面的澄清，即上述的地权、社团和赋税。促成社区自治有两个层面。一是居委会大一统体制的逐步萎缩，向着半官方的单纯的公共服务功能退化。二是拓展包括小区业主委员会在内的基于地权、职业、家族、籍贯、信仰或其它共同利益的社团的自由生长。从而推动一个社区利益共同体的形成、推动分散化的社团力量和社区领袖的产生。在目前缺乏社区结社力量的局面下，居委会的组成直选当然比不选好。但居委会体制可能利用政治意义极其含混的"选举"改革，而从半官方的行政化组织演变为一个名为自治体实为行政体制的组织，继续拥有甚至扩大其对于居民片区的不合理的集中化权威，从而对真正的社区自治和社团自治的生长反而构成阻碍和压制。

第十三章

法治与自治：以大学为例

1．“教育权力”与宪政转型[1]

1．1 教育权力的兴起

1949年，中国有私立高校81所，占高校总数的39%；有私立中学2152所，占中学总数的42．4%。尽管国家的教育权力在清末以来有较大扩展，私立大学在上世纪30年代已历经过一次国有化的洗礼。但从中还能看出古典中国以私学传统为主的残留格局。在西方，从中世纪产生的大学传统也是一种私学。这一私学传统慢慢形成了大学的自治和学术独立。尤其是大学授予学位的自主权，使教育和精神领域内的权威变得和国

---

[1] 此节部分内容，以《从宪政的视角看教育权力》为题，发表于《中国改革》2004年第12期。

家无涉。为现代宪政国家的“政教分离”模式提供了重要的技术支撑。尽管现代国家普遍将教育视为应该由国家财政扶持的公益事业，使公立教育得到成长，甚至在很多民主国家公立学校也是比重最大的教育机构。但国家对教育的扶持，首先被视为国家的一种负担和责任，不是一种可以凭此干预和决定教育内容的公共权力。教育的内容与形式，普遍被认为属于个人、民间尤其是属于学校的私权范围。

在美国、法国、德国和日本等国的宪法中，均没有授予政府“教育权力”的条款。美国宪法对教育未作任何特别规定。在当初的立宪者看来，所谓教育，不过是公民的思想与信仰自由、言论自由、人身自由以及结社自由的一种汇合形式而已。因此在美国，教育问题在国家内部主要体现为一个宪法问题和财政问题，而不是行政问题。普遍认为美国宪法中与教育密切相关的，是第一修正案（不得干预信仰和思想自由）和第五、第十四修正案（联邦和各州非经正当程序不得剥夺人身、财产和平等的机会）。国会立法和司法判决对教育的适当干预（如招生中的种族或性别歧视，和公立学校教育内容的政治中立），基本上都从这两个条款而来。美国联邦政府也设有教育部。但教育部的主要职能是帮助联邦政府实现“关于人人得到平等教育机会的承诺”，它的主要经费也用于资助教育和低收入家庭的学生。换言之，对联邦政府而言所谓教育就是教育资助，所谓教育部就是教育扶贫部。政府并没有可以干预教材制定、教员选聘、招生和颁发学位等教育事务的国家权力。政府教育部门和公立教育机构更不可能因此形成庞大的垄断利益和教育腐败机会，并因此产生出抑制和夺取私立学校发展空间的利益驱动。

即使在和我国相近的大陆法系国家，德国的基本法中也仅

仅规定了“教育制度应受国家之监督”（第七条），并未将教育本身视为一项国家权力。在法国宪法第五章“国会与政府之关系”中，明确将教育排除在政府的立法权之外，规定只能由国会进行教育立法。日本的宪法也没有任何条文涉及国家的教育目的和教育权力。但另一方面，自从1919年的德国魏玛宪法开始使用“受教育权”一词以来，二战以后颁布的宪法，基本上都将受教育权列为了公民的宪法权利。

从1949年的《共同纲领》开始，我国将教育视为一项积极的国家职能，并对教育的意识形态性质（新民主主义）、教育方法（理论与实际相一致）和内容（文化教育和政治教育等），提出了模糊的要求。这导致了后来对私立学校的全面国有化政策，从此将教育视为国家的内部事务，以教育的国家性代替了教育的公益性。在1982年宪法中，教育的国家权力属性和意识形态目标有了更完整和肯定的表达。集中体现为宪法的第24条，“国家在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育，进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育，反对资本主义的、封建主义的和其它的腐朽思想”。

这一条款是政府基于宪法赋予的教育权力，对从教材、教学到统一考试和学位授予等一系列教育环节进行干预和控制的宪法依据。既然国家负有特定的教育目的和权力，国家就应当通过干涉、控制教学自由甚至直接支配学校教育，来保障这一宪法目标的实现。宪法第24条的存在为上世纪90年代后期“教育产业化、市场化”以来，公共权力在教育领域内的泛滥和腐败趋势铺垫了温床。尽管由教育垄断所带来的利益驱动远

比24条更重要[1]，但获得宪法保障的教育的国家权力属性，仍然是教育行政干预泛滥，教育权力不受制约的一个根本原因。尽管28年的改革逐渐带来一个思想解放和价值多元的社会，但这一宪法条款一直未被修订过，并在之后的教育立法中得到重申和延续。如《教育法》第6条规定，"国家在受教育者中进行爱国主义、集体主义、社会主义的教育，进行理想、道德、纪律、法制、国防和民族团结的教育"。《高等教育法》第4条规定，"高等教育必须贯彻国家的教育方针，为社会主义现代化建设服务，与生产劳动相结合，使受教育者成为德、智、体等方面全面发展的社会主义事业的建设者和接班人"。

基于国家的教育权力，行政对教育的干预甚至与学校是否由国家投资没有关系，而将一直延伸到民办教育的教材、教学、学位、招生、收费等自主办学权上去。近年来，教育行政部门借统一教材、统一考试、统一大纲和学位授予等教育权力，频频干预、约束民办教育的发展，在2004年教育部出台政策"原有的进行文凭考试试点的民办教育机构，一律终止招收文凭考试学生"。宪法第24条作为一个意识形态的冠冕，却在利润的诱致下可能蜕化成公立教育集团攫取垄断性商业利益的一个口实。

1.2　围绕"民办教育"的立法冲突

上世纪70年代末以来，我国民办教育的地位和发展，始

---

[1] 如2004年8月曝光的四川高校教材回扣案，牵扯到成都市十余所高校，教材和教辅的回扣费用约在30%左右。假如以此案推算，全国每年仅教材一项就有可能高达300亿元的回扣流入各级教育行政部门和学校各级负责人手中。参见《华西都市报》相关报道。

终在受鼓励和受限制这两根线之间徘徊。从教育立法的角度看，两条线索之间存在明显的冲突。这种冲突在本质上是一种宪政冲突。

第一根线索是对民办教育的扶持和鼓励。主导性的立法者是全国人大。其根源来自宪法的另一条款，即第19条，“国家鼓励集体经济组织、国家企业事业组织和其它社会力量依照法律规定举办各种教育事业”。1993年2月，《中国教育改革和发展纲领》指出，要“改变政府包揽办学的格局，逐步建立以政府办学为主、社会各界共同办学的体制”，对社会办学提出了“积极鼓励、大力支持、正确引导、加强管理”的十六字方针。2002年的《民办教育促进法》进一步允许民办教育投资者可以获得回报。在这一路立法的扶持下，民办教育从无到有，一度获得长足发展。

第二根线索则充满了对民办教育的约束和争夺。主导性的立法者是教育行政部门，其根源是赋予了国家教育权力和特定意识形态内容的宪法第24条。这一路的主要立法有三个，一是1994年的《教育法》，规定“任何组织和个人不得以营利为目的举办学校及其它教育机构”。国外的私立学校包括大学，既有营利的，也有不营利的。一概不允许民办教育营利显然是一种釜底抽薪。尤其是在公立学校有机会拼命营利的情形下更显得更不公正。二是1997年的《社会力量办学条例》，延续了不营利的要求，尤其是它的第5条规定：“国家严格控制社会力量举办高等教育机构”。第三是2004年4月生效的《民办教育促进法实施条例》，在人大立法允许民办教育投资者获得回报之后，教育行政部门一面重审民办高校的学位授予资格，一面通过这个条例，允许和鼓励公立学校参与民办教育，绕开公立学校不得营利的法律限制，继续扩展公立教育垄断集团的既

得利益，与民办教育争夺可营利的空间。

在这两路立法的夹击下，一面是民办学校的“公立化”，教育行政部门对它的干预力度日趋接近公立学校。导致民办教育呈现不断萎缩的趋势，新增民办学校逐年减少，相当比例的民办学校甚至濒临倒闭。一面是公立学校的“民办化”。2003年5月，教育部下发《关于规范并加强普通高校以新的机制和模式试办独立学院管理的若干意见》，鼓励公立大学举办“民办”的独立学院。到2005年初，已有25个省市如雨后春笋般的出现了300多所公立高校内的所谓民办“独立学院”，在校本科生已达40余万人。甚至公立中小学也开始大搞所谓校内“民校”。教育部公开支持公立学校争夺“民办”头衔，以得到“可以营利”的权利。2004年一位黯然退出教育界的民办教育家撰文指出，《民办教育促进法》到头来变成了“民办教育破产法”[1]。

这两根线索，尤其是在由全国人大教科文委员会起草的《民办教育促进法》和由教育部起草的《民办教育促进法实施条例》之间，从条文内容、公共政策倾向和宪法依据上，都存在着严重的立法冲突。从立法模式上看，反映出由全国人大主导的议会立法模式，与传统的由行政主管部门主导的政府立法模式的消长，90年代中期以前的立法，往往由国务院相关部委主持起草。但90年代后期以来，由全国人大专门委员会负责起草的开始增多。全国人大及其专门委员会通常缺乏行政部门的直接利益驱动，有可能自发地考虑社会舆论和法治原则而非政府部门的具体难处，其公共政策倾向逐渐具有了某种宪政

① 指民办教育家任靖玺，参见2005年10月的《中国改革》杂志和《中国新闻周刊》的相关报道。

化、民主化的走势。但由于缺乏一个公开的和竞争性的议会立法体制，及人大与政府之间的宪政关系也尚未抚平。因此政府部门开始利用行政立法权和大量的委托立法，与人大进行立法的博弈和制度上的拉锯。这种立法冲突在90年代末期以后已多次发生。如《公路法》引发的养路费还是燃油附加税的争论，《道路交通安全法》关于机动车严格责任的争论等。由于违宪审查这一重要的宪政技术的缺失，政府的立法权几乎不受制约和不被审查。加上传统上政府对人大的立法和制度决策拥有各种明显或隐性的牵制力。政府的部门利益立场和全国人大逐渐形成的某种中庸立场之间，形成了一个频繁拉锯的立法冲突局面。有时连最高法院也会参与到这种制度博弈中来。如《破产法》在全国人大历经十多年的讨论无法出台，致使最高法院在2002年颁布了一个详尽的司法解释，其主要条文几乎涵盖了当时的破产法草案。

2004年2月国务院颁布的《民办教育促进法实施条例》，是这种立法冲突的一次范例。该细则将长期享受垄断利益的公办教育力量引入民办教育，对真正民办教育的发展余地构成打击。这一细则从程序上分析具有明显的非法性。

其一，以往的行政立法因为粗放型的立法特征，一般都授权国务院制定实施细则，如《税收征收管理法》、《外资企业法》等。但近年许多人大主导的立法不再授权国务院制定细则。《民办教育促进法》就是其中一例。人大也不愿意将一种全面的法律解释权委托给行政部门。当初此法的出台过程中，许多细节都与教育行政部门的意见相左。因此《促进法》只对“投资人取得合理回报的办法”、在工商登记的“民办培训机构的管理办法”以及“境外的组织和个人在中国境内合作办学的办法”这三个问题，授权国务院另行规定。此外还明确废止了

国务院 1997 年颁布的旨在抑制民办教育的《社会力量办学条例》。但颇有意思的是，近年来国务院在缺乏上位法委托制定《实施细则》的情形下，改以制定《实施条例》的办法对全国人大的立法进行裁剪和修订式的解释。条例的用语，表明政府行使的不是人大的委托立法权，而是自身的行政立法权。但是根据宪法和立法法，只有全国人大常委会才有立法解释的权力。国务院认为有解释必要的，“可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求”（立法法第 43 条），而不能自行解释。《民办教育促进法实施条例》是行政部门在无授权的情况下，对人大立法所作的全面的自我解释，而不是在具体执行过程中对法律条文的解释。教育行政部门出于对人大立法的不满，通过颁布实施条例对《民办教育促进法》进行强行修正，限制民办教育尤其是限制民办高等教育，使行政执法向着维护公办教育的垄断局面和既得利益倾斜。

其二，尽管《民办教育促进法》为民办教育开了获取回报的口子，但根据《教育法》，举办公立学校仍然不得以营利为目的。《实施条例》规定公立学校和其它国家机构可以用“国家财政性经费”以外的资产合作兴办“营利的独立法人的民办学校”。事实上等于允许公办学校营利。既然独立学院是独立法人，就与公立学校本身的教育事业无关。公办学校无论以品牌还是其它资产合作办学，都是利用公益事业的资产从事营利性活动。国家之所以将纳税人的钱用于投资教育，只因为教育是公益事业。公立学校的资产不管是否“国家财政性经费”，都是国家投资所产生的孳息，使用这些资产进行营利活动，并与私立学校争利，已直接违反《教育法》关于公立学校不得营利的规定，也违背了以纳税人的钱兴办教育的目的。因为国家显然不能为了一种营利目的，而以强制性地税收方式向人民融

资，否则有违国家赋税的起码的正当性。这一原理可借用日本宪法的第89条来解释，“公款以及其它国家财产，不得供不属于公家的慈善、教育或博爱事业支出或利用”。国家的赋税收入一旦用于非公用事业，哪怕是民间的慈善事业。国家当初征用这笔钱就失去了依据。不是税收，而是以税收的方式向公民的非法集资

如果民办教育是重要的，并具有促成教育与思想多元化的价值。让公立学校参与民办，显然不如直接拿一些钱去扶持民办教育。多数民主国家的政府教育经费，有相当部分是直接投放给私立学校的。如哈佛大学每年都有数亿经费来自联邦政府的拨款。在澳大利亚，国家财政投入甚至占到私立学校经费的70%以上。因为政府没有干预教育事务的权力，所以它将钱投给公立学校还是私立学校，对政府欲达成的社会功用而言并没有差别。它只需考虑教育经费的具体投入对于公益的影响。经济学家弗里德曼等人甚至主张实行“教育券”制度，通过向受教育者发放一种凭证，进一步将政府资助教育和直接兴办学校这两种职能分离开。但在我国因为教育首先是一种国家权力，教育行政部门可以借此渗透在教育事业的每一个有租可寻的角落。这在根本上造成教育行政部门挤压民办教育和维持教育垄断利益的驱动力。

1.3　教育权力与受教育权的宪法冲突

从宪法的角度看，国家的教育权力和公民的受教育权，也存在一种宪政上的紧张关系。如果投资教育是国家的一种责任，从逻辑上讲公民的受教育权显然先于国家的教育义务。国家行使教育职能的目标，是为了实现和保护公民的受教育权相反，如果具有某种实质性的道德与精神目的的教育，在宪法

上被视为国家的一项权力和积极的目标——这是古典共和主义和卢梭式共和主义的理论遗迹。那么教育就脱离了公民的受教育权，成为一种单独的国家理性（reason of state）。这时国家的教育权及其特殊的道德目标，就构成对公民的受教育权的一种限制和争夺，将宪法上享有受教育权的公民，下降为一个宪法上的“受教育者”，那么受教育在某种意义上就等于被劳教。

当国家对教材、招生、收费、教学和学位授予进行统一干预时，公民实现受教育权的途径和可能性，显然因为这种统一干预而丧失了更多的选择机会。从受教育权的角度看，没有民办教育，没有教育标准和内容的竞争（如教材和考试方式的竞争），公民的受教育权就是不完整的——除非国家能保障所有学生都获得高等教育的机会并且免费。反过来说，国家不能保证每个学生都获得升学，国家对教育内容和教育形式的任何实质性干预，就都可能侵犯公民的受教育权。就业问题也是如此，教育中的一切因素如教学、教材、教师选聘以及考试标准等，显然都会影响学生的成绩、能力培养和未来的就业。以往国家对教育内容的控制是与国家包办一切毕业生的分配相一致的。但在市场体制下，国家对教育内容的控制显然无法保证其行政行为在程序上的正当性。当社会是一个选择性的体制，教育及其内容就不能不是选择性的。如果教育行政部门认为自己具有一种公共权力，能够决定让每个学生学习哪一种教材，或按照某种标准答案进行思考，或必须接受某种特定形式和内容的考试，教育部门就应承诺每一个失去了选择权的学生将来都能找到工作。就像国家承诺通过司法考试的公民能够取得从事司法工作的特殊资格，这一承诺正是国家有权决定考试内容的一个前提。否则学生毕业后找不到工作，他们就有权利埋怨国家的教育方式伤害了自己的生存能力。从法律的角度看，学生

只要在任何一本部颁教材或学校教育程式中找到任何一项错误或缺陷，他就有权针对这一缺陷要求教育部赔偿经济损失。假设在任何一项知识上社会或学术界存在着其它可能比教材内容更合理、更有效的理论和观点，学生也可以提起宪法诉讼，认为教育部的人为限制，侵犯了自己获得完整知识的权利。在一种竞争性的教育体制下，学生选择学校，学校选择教师，教师选择教材。学生在法律上应为自己的选择承担风险。但如果政府剥夺了上述环节中的选择权，政府就应在法律上对这种风险负有责任。

来自政府对教育的统一限制，也可能会对公民的宗教信仰自由、科学研究和文艺创作的自由构成侵犯。2004 年 9 月 12 日，福建的维权律师丘建东向成都武侯区法院提起诉讼，认为他在四川大学网络教育学院学习期间，该院的教材《马克思主义哲学原理》第 178 页关于“宗教在本质上是麻醉劳动人民的精神鸦片”的陈述，对他的宗教信仰自由构成了伤害。他认为这一出自教育部统一教材的的陈述，违反了宪法第 36 条“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”。他要求四川大学赔偿损失，并对教科书内容进行书面更正。

这是国内第一例针对教科书的宪法诉讼案。但教材中的学术观点能否被视为一种宪法所言的强制或歧视？从法理上看，此案诉诸宗教信仰自由不应被强制是一个错误的路径，缺乏胜诉的说服力。因为原告的诉求可能反过来限制了教材及其作者的学术自由。放在一种竞争性的教育中，“宗教在本质上是麻醉劳动人民的精神鸦片”就是一句精彩的论述，是很多人不会同意甚至会坚决反对的精彩论述。按上述分析，根据公立学校与国家权力及财政的关系，以及统一教材所造成的教育标准的

某种垄断性，原告应以“受教育权”被侵犯作为诉讼理由。在一个教学大纲被垄断的教育体制中，他在理论上将无法通过学校正规教育而获知任何无神论以外的观点，他的一系列宪法权利（受教育权、宗教信仰自由、科学研究和文艺创作的自由）显然因此受到了来自政府行为的限制和损害，而不是受到一种来自私人观点的劝说。如果他无论选择哪一所学校都逃不出“宗教是精神鸦片”的论点。原告就不应为自己的选择承担责任，而政府应该因其对教育标准和内容的干预承担责任。

从这样的角度来看待打破教育垄断，抑制教育权力膨胀和促进民办教育的意义。民办教育及其自主办学权（学术自治）的实质，是与公民的受教育权直接相关的。民办教育的兴起，有助于打破国家对教学自由和学术自治不合时宜的控制，帮助公民的受教育权的实现。由公民兴办教育，本身就是公民受教育权的一种集合、实现和延伸。如言论自由不仅包括在别人的媒体上说话的权利，也包括自己创办媒体去说话的权利。一种完整的受教育权，也包括了为自己和他人提供教育机会和教育内容的权利。

2. 高校的法律性质

中国的公立高校，在法律性质上有诸多含混之处。尽管目前已有教育法、教师法、高等教育法、民办教育促进法等大量法律法规，也未能改变诸种含混。大学是近代以来一种非常特殊并带着理想主义色彩的团体。换言之，大学对现代社会而言并不只是一个培训机构，而且是一种社会理想。如联合国教科文组织21世纪教育委员会在他们的报告中认为的那样，“教

育”是现代社会一个“必要的乌托邦”。此种乌托邦特征在欧洲的高等教育传统中体现得很明显。这种理想不仅停留在精神领域和学术自由上，也反映在大学的法律地位、内部管理、纠纷解决机制等制度层面上。在西方国家建立普遍法治的过程中，可以看到国家权力尤其是司法权在干预和塑造法治秩序时，对大学这一乌托邦地带一直充满了相当的温情和宽容。这使大学理想在西方形成了一个较为特殊的制度传统，大学在法律层面上与任何机构的规则相比，都有显著差异。总的特点就是大学事务介于法治与自治、公法与私法之间。当然也介于世俗与理想之间。既不同于公共部门，也不简单等同于私人机构。国内有学者称之为“准政府组织”①，而法国史学家雅克·勒戈夫在谈到中世纪的欧洲大学时，则说大学无论是面向教会、国王还是地方当局，“都是无法归类的”。

尽管这样的大学理想在中国仍然陌生而匮乏，但我们在整体上倡导并袭用西方的法治秩序，在教育上也开始关注高校的法治建设时，使公立高校在法律体系中的一个尴尬和含混的地位浮现出来。许多问题在法理上无法自圆其说，譬如各个高校自行颁布的《学生违纪处分条例》或《学生宿舍管理条例》，到底是私法上的契约，还是公法上的行政规范？如果是前者，教育部凭什么发出“禁租令”，要求学校清查在外租房的学生？而学生又能否以合同法的“格式合同”条款针对学校规章提出确认不公平条款无效的民事诉讼？如果是后者，学生又能否针对学校的任何处理决定提出行政诉讼呢？行政法律规范的上位法的授权又在哪里？2002年西南某大学女生被发现怀孕而被

① 沈岿：《准政府组织：一个新的研究领域》，见沈岿编：《谁还在行使权力——准政府组织研究》，清华大学出版社2003年9月版。

学校开除，有人对校规的性质和合法性依据提出了质疑[1]。2004年5月9日，成都某高校两名学生在教室内接吻、拥抱被开除，也再次引发舆论和学界对这一问题的关注和争论。

这些问题和人们对高校的法律性质、对政府与教育关系的不同看法密切相关。如原国家教委颁布《普通高等学校学生管理规定》里说，“品行极为恶劣，道德败坏者”，学校可给予勒令退学或开除学籍的处分。这一教育立法的合法性依据又在哪里？在法治和宪法的观念下看，政府显然没有权力对一个年满18周岁的公民的行为举止和人身自由做出限制，并以此作为剥夺其受教育权的理由。如果认为对学生的德行和行为提出某些要求并附以处罚措施，在实体上是需要的。那么由大学作为一个教师与学生的共同体进行意思自治，显然会比政府立法更可能符合法治原则并获得正当性的辩解。但目前高校制度在法律上的困境，因为它一方面带有强烈的公共行政色彩和意识形态职能，托庇于政府之下的附庸色彩较浓，缺乏起码的学术自由和团体自治。另一方面，高校的公共行政色彩和隐含的非政府团体身份，使它转个身来面对学生和教师时，既缺乏公法领域内起码的法治和民主，又缺乏私法领域内起码的平等和自由。

中国的大学理想，从高校法律地位及其内部裁判权的角度看，受制于下面两个困境。其一，高校的性质是事业单位还是自治团体？高校与大学生的管理关系，是公法关系还是私法关系？高校规章是契约还是法律规范？其二，是高校内部裁判和司法干预的关系，如何可能在普遍法治和大学自治这两种理想之间寻求衡平？

---

[1] 殷啸虎：《教育的“法治化”势在必行》，北大法律信息网。

3. 自治模式与事业单位模式

大学的身份在欧陆和英美也有迥异。尽管大学自治是欧美共同的一个传统。但在法国、德国，大学的法律性质更多带有行政和国家控制的色彩，公立大学被视为“公务法人”[①]，甚至教员也被视为公务员。在充分享有自治权的同时，大学制定章程、选举校长最终要经政府的承认；各大学提出财政预算方案或新聘教师，也须获得政府的批准[②]。而在英美，大学则更多保留了自治团体的传统。在中世纪的欧洲，大学首先是一个学生和教师依据协议而成立的法团，带有行会的特征。尤其还是一个学生的而非教师的法团。1191 年，英国牛津的学生团体和学者开始把牛津称为“University”，拉丁文“universitas”（大学）一词的原义泛指一切“行会”，但从此被“大学”独占，意为一个保护教师和学生免受市民和世俗政权迫害的自治团体[③]。欧陆的大学自治传统，是在教会法的保护下形成的。根据教皇的决定，由林肯主教派出的代表对牛津的学生行使司法权，由此诞生出牛津大学的校长。从此在自身奋斗和教会的支持下，大学逐渐取得了独立于教俗两界的自治权。教皇格里高利 9 世在 1231 年颁布被称为“大学独立宪章”的教谕《知识之父》，赋予巴黎大学的三大自治权（结社、罢课和学位授

① 马怀德：《公务法人问题研究》，载《中国法学》2000 年第 4 期。

② 胡建华：《大学制度改革与发展的法治化问题探讨（二）：大学与政府关系的法律化》，中国网 2004 年 9 月 3 日。

③ 钱承旦、许洁明：《英国通史》，上海社会科学院出版社 2002 年 10 月版，第 101 页。

予）——这可以说是欧洲大学自治权得到正式承认的历史开端[1]。此外，教皇谕令更确立了大学的“法权自治”，大学可以设置特别法庭，拥有对大学内部纠纷的广泛的裁判权[2]，不受城市法庭或教会法庭管辖。

在大学的内部裁判权上，英格兰和苏格兰拥有比欧洲大陆更持久和明确的传统。1368年，教皇谕令牛津大学校长的选择无须当地教会认证，牛津校长开始独立于林肯主教，但仍从属于坎特伯雷大主教。1395年，再由教皇谕令，始授予其完全独立的司法权。英国的国王们也以特许状肯定大学的上述权利（权力）。1523年亨利八世签署著名的“大学大宪章”（the Great Charter of the University），再次重申大学的特权，1571年又立法对大学的所有特权加以确认[3]。牛津、剑桥等英国大学均设有“大学法庭”，基本上分为三个审级。初审法庭由校长及其代表主持，行使民事、刑事和宗教方面的管辖权。上诉则由校董会（the Congregation of the University）受理，再可上诉至大学全体会议（the Convocation of the whole University）。此外，大学还设有验尸官法庭、市场监管官法庭、纪律法庭等特殊法庭[4]。从此英国大学的内部裁判权传统一面受到普遍法治原则的抵制，一面也在普通法制度下得到相当的尊重。不过到今

---

[1] 萧雪慧：《大学之魂》，《书屋》2001年第11期。另参见韩水法：《批判的人文主义与大学观念》。

[2] 沈岿：《法治与公立高等学校——学校与学生的关系维度》，载《谁还在行使权力——准政府组织研究》，清华大学出版社2003年9月版。笔者从此文受益颇多。

[3] 参见frecrain：《英国法史札记》，连载于《宪政论衡》网站。

[4] 《牛津法律大辞典》，李双元等译，“大学法庭”条目，法律出版社2003年7月版，第1146页。

天，除了纯粹的内部纪律处分外，大学的内部裁判权已被废弛。

尤其是在英美国家，大学内部纪律的裁判权，是作为大学自治（包括司法自治）传统的一个组成部分被接纳的。国家在对大学的内部处分权进行司法干预时，均有不同于对待一般社团的容忍和谨慎。对大学内部裁判权的尊重，正是世俗权力对大学理想的一种有限的容纳。对大学的内部裁判权及其纠纷，也应放在一个自治的知识共同体这一大学理想的背景下予以关照。在英美法的思路下看，这并不是一种整全性的法治体系的漏洞，恰恰体现了立宪政体和普通法道路下的混合特征。普遍法治不是一个笼罩性的概念体系，而是建立在对社会自生秩序和历史经验的尊重与吸纳之上。在唯理主义的法学思维下，简单的区分法治和自治、公法与私法、权力与权利，一定要将边界搞得像非洲的国界一样垂直。这在观念与制度的转换上可能是一种灾难；有活力的国家的边界一定不是笔直的；有活力的城市的街道也不是笔直的。英美法与大陆法的观念差异也是如此。在自治中发现规则，在规则中生长法治，而不是反过来在“法治”概念下去扼杀自治，这就是大学传统得以在欧洲形成的因素之一。在大陆，教会作为大学的保护人，在世俗政权的法制面前也曾发挥了相当于普通法在英国的作用。

但我国的公立高校和欧陆或英美都不同。它的法律性质被解释为“事业单位”，即“国家为了社会公益事业目的，由国家机关或其它组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织”[①]。但公立高校的某些教学环节明显带有公共行政色彩。如统一考试制度、招生制度、教

① 国务院《事业单位登记管理暂行条例》第2条，1998年10月25日。

师职称和人事制度、一部分学校和学生管理事务等，都由政府制定法律法规，或纳入教育行政管理当中。高校在执行这些规章或根据教育行政部门授权制定细则时，包括执行统一招生计划时，都不可能仅仅被理解为一个非政府的教育者。它不可避免的也是一个行政执法者，并有权对违反政府立法的学生或教师进行处罚。尽管随着制度改革，高校的某些行政职能开始淡化甚至消失，如以往的毕业分配工作，和国家的人事档案、临时户口、粮油关系、公费医疗等制度密切相关。毕业分配也因此成为公共行政事务的一部分．这一职能就随着就业的市场化而消失了。但在另外一些方面，高校的公共行政职能继续存在甚至得到加强。如保卫或治安部门是高校内部一个公共行政色彩最直接的一个部门，近年来在高校内部管理中越来越发挥举足轻重的作用。发生在高校内部的轻微刑事案件，在执法习惯上也和社会之一般案件不尽相同，具有较强的封闭性。高校一般均设有公安派出机构，接受警方和校方双重领导。这和英国大学内部的治安法庭、验尸官法庭等也有类似之处。此外高校人事部门显然也是整个政府人事行政系统的组成部分。

在传统的学生纪律、宿舍等管理环节之外，对学生社团的管理也开始成为部分高校学生管理的一个重心，几乎所有高校都建立了较为严格的学生社团的审批、登记和监察制度。在宪法和一般法治的视野下审视，这样的管理权限显然不是一个“事业单位”可能具备的。更何况《高等教育法》第 57 条明确规定了“高等学校的学生，可以在校内组织学生团体”。不要说在西方大学自治的传统下大学生的校内结社、游行、示威和言论、表达等自由限度，甚至高于一般社会领域。即使一个成年的学生只是正常行使宪法上的各项政治权利，高校作为一个经政府授权的管理者，也无权超越普遍性的法律，对学生行使

宪法权利加以一般法律之外的额外限制。如果高校不是行政机关，它对学生的管理就只能如同私人企业对其职员的行政管理。但高校事实上行使的、甚至正在膨胀中的某些公共行政职能，与它的“事业单位”的法律性质是无法自洽的。这种名不正言不顺的高校性质及其权限，正是近年来导致高校内部权利冲突频繁和学生不满的一个根源。

4. 国家出资与大学自治

德国和法国的高校在行政色彩上似乎更接近于我们。但这种说法可能会产生误解。因为德、法大学的公共行政色彩更多的来自一种法律关系的技术归纳和寻求国家财政扶持的制度安排。这与它们的大学自治传统并未构成本质上的冲突。以法国为例，由于学术和思想自由的传统及教育世俗化的目标，高校几乎在意识形态、教学自由和学术自由上都不受政府的控制和指导。在政府与大学各自的权限上，如教育部长有无权力禁止大学生在外租房，或能否要求大学使用统一教材、设置统一课程的问题，答案无疑都是否定的。这与我国高校的局面仍有天壤之别。

由政府出资办教育，不等于教育因此成为了政府内部的行政事务。事业单位的性质仅说明政府是出资人，并未说明此种服务属于公法性质。相反，正因为教育是公益事业才需要国家出资扶持。也恰恰因为教育是公益事业，高校的出资人不能像企业出资人那样，将本质上属于思想领域的教学划入资本的权利范围。这一原则在我国的《民办教育促进法》中有明显的反映。该法的一个特征就是限制出资人在学校事务中的权利，以

保障学校的自治。那种认为公立高校是政府出钱兴办的，政府是老板，理所当然有权干预的见解，是不能自圆其说的。把公立高校的事业单位模式与民办高校相对照，能看出高校与政府的关系在法律性质上的尴尬。如目前政府对公立高校的职称、聘任、教材、课程、宿舍、学生纪律等种种事务的介入，如果是因为出资人的身份而来，那么民办教育的出资人为什么不能拥有类似的权利？如果因为这些事务在本质上具有公务性质，为什么政府又要放弃对民办教育机构进行相等程度的介入呢？

以背景相似的台湾公立大学为例。20世纪80年代，台湾由学生与教授联合推动的校园民主改革运动，从点的各校个别推动，到面的校际联合，提出一连串诉求与活动，逐渐汇集成为要求修正《大学法》的强烈呼声。到80年代后叶，更爆发过数次街头请愿和游行活动，"要求政党和教官退出大学校园、容许集会、结社与表现自由、还我自治权，要求教学与课程的自主等"。1993年，台湾修正了《大学法》，原则上采纳了校园民主改革的诉求，"增订校长遴选的法源、校务会议为全校最高决策机构、学生与教授申诉制度的建立、学生参与校务和学生自治团体的保障等"，其中在第一条第二项规定了大学自治权："大学应受学术自由之保障，并在法律规定范围内享有自治权"。到90年代后期，军训教官退出大学，公立大学的法人化得到了进一步加强。随后台湾"教育部"重新拟定了《大学法施行细则》，其中规定"部定共同必修科目部分，由教育部召集全国大学相关人员修订"。这一规定立即引起部分立委不满，提请"大法官"进行违宪解释。"大法官"们的"释字第308号"认为，"宪法第十一条关于讲学自由的规定，系对学术自由之制度性保障，此制度性保障亦包括大学的自治部分，因此诸如课程安排等等应为大学的自治范围，故教育部邀

集各大学相关人员修订共同必修科目，乃为违背大学自治之举措，侵犯大学自治的权力”[①]。

再以美国为例。无论在大学自治还是在司法干预的程度上，公立高校和私立高校的差别也并不明显。公立学校的自治色彩并不比私立学校差，法院在以“正当程序”干预学校与学生的案件时也是一视同仁的（基于美国宪法第一修正案，对公立学校另有维持政教分离的干预）。大学自治与谁出资基本上没有关系。教育事业的管理不能完全由出资人决定。这一点正是大学理想和教育公益性质的重要体现，即对私法原则和资本原则的突破。哈佛大学被普遍视为私立高校的典范。其实哈佛大学最初是在1636年由马萨诸塞殖民政府出资400英镑成立的。而在2003年，哈佛大学仍然有六分之一的经费共计4.1亿美元来自联邦政府的预算[②]。但大学的性质就在于，无论是政府还是私人出资者，都不能像公司那样基于出资而要求按比例划分的管理权。

如上所述，其一，国家出资不构成对大学自治的否定；其二，大学的自治尽管需要某种传统的滋养，但大学团体的特殊性，在根本上是由受到宪法保护的思想、言论和信仰等自由决定的。一个成年人无论是教师还是学生，在精神上都是自由的。因此在企业法人那里，一个出资人可以基于资本而要求管理团体成员的身体。但在大学中，一个出资人却不能基于资本

① 吴明孝：《校园民主——学生自治若干问题的反省》，吴为台湾东海大学学生会会长。见东海大学网站。

② 如美国2002年的联邦教育经费共7，452亿美元。其中1，406亿美元资助给私立学校，占到美国当年GDP的1.4%，其中大部分（1，086亿美元）又用于私立大学。参见中国社科院美国研究所主编：《美国年鉴2004年》，中国社会科学出版社2004年10月版。

而要求管理大学成员的思想。即使以私法的契约原则看，这也是基本的法治常识，即精神性的义务是不能要求强制执行的。换句话说，资本和契约均不能产生出针对他人的精神性权利。

学术自由或大学自治这样的概念，并未出现在我国的现行法律中。但大学自治在中国的法律基础，比起政府和公立大学一道混合管理教育事务和行使公共行政职能的法律基础来，反倒更加真实和肯定。首先，宪法中不但规定了公民的“言论自由”（第 35 条），还特别规定了“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其它文化活动的自由”（第 47 条）。后者是对校园内外的学术自由的一个明确表述。大学在教学和科研事务上的自治，显然是这一宪法权利的延续和集合。来自政府和学校的针对师生在教学、科研中的思想、言论和学术观点的干预和介入，尤其是任何预先性的排除，都可能涉嫌违反了宪法第 47 条。由于大学的公益性质，任何试图以私法手段排除和限制这一宪法权利的聘任合同或招生合同，也将因为损害公益而归于无效。

其次，教育方面的行政法也多次明确规定高校（及其它学校）有“自主管理”的权力。如《教育法》规定学校有权“自主管理”。《高等教育法》更明确的规定高等学校应“自主办学，实行民主管理”。《民办教育促进法》规定“国家保障民办学校的办学自主权”，包括“自行设置专业、开设课程，自主选用教材，自主聘任教师、职员”等。其实施细则更规定“民办学校校长依法独立行使教育教学和行政管理职权”。此外在一些教育法规中，也明确要求学生遵守学校制定的管理规则。这说明学校自主制定规章的权力也得到了政府的认可。尽管“自主”与“自治”有一字之差，但这种自主的法律地位，加上受到宪法保护的科研、创作、言论和思想的自由，几乎已经

可以构成一个迥异于传统事业单位模式的大学自治团体的法治框架之雏形。

在《民办教育促进法》及 2004 年 4 月 1 日颁布的实施细则中，尤其建立了一个尽可能摆脱出资人控制的大学团体的自治模式。规定民办学校“应当设立学校理事会、董事会或者其它形式的决策机构”，并由校长、教职工代表和出资人代表不少于 5 人组成，其中“三分之一以上的理事或者董事应当具有五年以上教育教学经验”。而一切重大事项须由决策机构三分之二的复杂多数通过，校长也须由三分之二的成员选举产生。显然这是一种与当前中国社会其它任何公务机构和私人机构的原理都不相同的，“无法归类”的混合模式。结构上和西方的大学自治已相去不远。如果能够摆脱因政府出资带来的观念误区，以及摆脱对教育过分强烈的行政控制目标，使公立高校也能向着这一模式倾斜，就可能逐步实现从“事业单位”到自治团体的转型。

5．大学的诉讼浪潮

由于缺乏大学自治的传统，加上高校的法律性质含混。高校凭什么处罚学生？学生不服学校的处分又怎么办？近年来出现了层出不穷的学生状告学校或教育部门的诉讼。高校的法治化，以及高校法律地位的明确，似乎有可能被学生的维权浪潮冲开第一道口子。相比之下，尽管高校含混的行政色彩和在市场化改革中越来越严重的内部行政化趋势，对教师群体的权益伤害更大。自 1999 年清华大学的秦晖教授在聘任制改革中落聘，引起舆论震惊以来，在不触及官本位、不实行民主管理、

不实行教授评议会或理事会选举校长的一种严重缺乏团体自治的背景下，所推行的教师聘任制改革，使高校的官本位色彩在市场化的掩盖下日益沉重，而教师的学术自由和独立地位却日益受到明显的打压和削弱。但是高校教师的维权，由于利益关系的尖锐，显然没有一部分大学生的维权那样勇敢和突出。近年有影响的例子只有武汉大学的讲师王晓华，因不满学校职称评审向法院起诉，在2003年状告教育部行政不作为。法院以职称评定属于学校自主权，教育部无权干预而判原告败诉。笔者认识的一位宪法学教授，本打算针对教育行政部门对教授职务的统一职称外语考试要求，提出侵犯公民宪法权利的诉讼，也终因顾虑重重而放弃[1]。

近年大学生群体提起的诉讼，却几乎遍及了高校的招生、考试、收费、纪律处罚等各个环节。如：

1998年，齐凯利因在校训练时受伤致残，诉北京科技大学民事赔偿案，索赔85万元。开创大学生诉高校民事诉讼的先例，齐凯利后成为著名的残疾运动员，曾获残运会击剑和乒乓球冠军。

1999年，田永因违反考场纪律被退学，提起诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证的行政诉讼。此案开创了以高校为被告的行政诉讼先例，并被收入最高法院公报。法院在判决中认为，学校与学生之间在某些事项上，“不存在平等的民事关系，而是特殊的行政管理关系”。这个看法突破了事业单位

---

[1] 2005年6月，成都大学工商管理系教师、笔者的同事杨茂，因所在学校非法解聘，状告教育行政部门成都市教育局。此案历经四年最终二审获胜。法院判决被告重新做出行政决定。这几乎是我国第一起高校教师起诉教育部门胜诉的案例。2005年11月，杨茂因四川省教育厅在教师资格认定事项上非法收费，针对收费所依据的行政规章，再次向教育部提起行政复议。

的性质，而将高校看作特殊的"准政府组织"。此案二审皆胜诉，法院判定学校校规因与教育法规抵触而无效。

1999年，刘燕文诉北京大学博士学位案，认为博士论文答辩和审议过程违背了正当程序，开创以"正当程序"要求司法干预大学内部裁判的先例。

2000年，湖南外贸外语学院6名学生因留宿异性被开除，状告学校侵犯隐私权。一审胜诉，二审败诉。

2000年，在校硕士研究生王青松诉北京科技大学，认为"物理化学"考试中有一试题有问题，不能正确求解，影响了自己距离正取录取线1分之差。

2001年，黄渊虎诉武汉大学案，认为学校没有按照择优录取原则录取其为博士生。

2001年，何建宇填报志愿时表示不服从其它专业的安排，但淮海工学院在招生时将其安排在志愿以外的专业。何建宇到校后，提起民事诉讼，告学校非法录取

2002年，北京某大学经管学院会计系98级女学生严某由于考试作弊被学校勒令退学。这位女生向法院提起行政诉讼。

2002年，西南某学院大学二年级学生张静因怀孕被开除，张静和男友以侵犯隐私权、名誉权为由提出诉讼，要求学校赔偿损失100万元。

2003年，发生一系列学生因作弊失去学位而状告学校的案例。浙江师范大学因姚某曾经作弊受过处分，取消其法学学士学位的授予资格，姚某认为学校校规违反国家学位条例，将浙江师范大学告上法庭。7月，广州暨南大学同样因作弊失去学位的学生武某状告学校，胜诉，引起轰动。后南京农业大学外国语学院2003届毕业生钟星（化名）因同样情节提出诉讼，但败诉。2004年7月，杭州师范学院美术专业的学生卢燕

（化名），再次提出相同情节的诉讼。

2004年，广东省财贸管理干部学院金融专业班2001级的学生小区收到勒令退学的通知。小区认为学校长期以中专教师充任大学教师，使自己的教育消费权益受到侵害，据此把学校告上法庭，要求校方双倍赔偿学费8800元。此案败诉。

2004年，浙江大学远程教育学院的学生王某和杨某《公共经济学》课程不及格，重修后通过，但未获学士学位。他们提起行政诉讼，认为学校内部规章不符合国家学位条例。一审判定学校违法，要求学校重新审核。6月，学校12位学位评定委员会委员再次投票，一致不同意授予学位。王某和杨某再次提出确认违法行政行为之诉。此案尚在审理中。

2004年，北京大学学生祝斌认为北大存在收费问题，而发改委受理自己举报后没有履行职责，未对北大做出行政处罚，因此状告市发改委行政不作为。此案尚未宣判。

2004年9月，成都某高校一对大学生情侣在教室拥抱、接吻，被学校以发生“不正当性行为”为由勒令退学。两名学生提出民事诉讼，并附“处女膜似完整”的医学检查结论。

此外，一些未提起诉讼的高校权利冲突事件也大量涌现。如2004年笔试第一但未被录取的甘德怀，指责北京大学法学院博士招考程序不公正，成为知识界广泛关注的事件。中国政法大学2003年硕士班学生指责学校违背招生简章的说明，将他们安置在远离研究生院的昌平校区。四川大学新校区禁止学生外出，引发学生抗议和暴力冲突。重庆大学学生因为食堂涨价，而发动校内抗议活动。笔者所在的高校，学生们因学校调整作息表，将熄灯时间提前半小时，也引起尖锐冲突。

学生的正当维权有利于推动高校的法治化。但这些高校诉讼和权利冲突，并非都得到了舆论的支持。一些人出于传统的

学校管制目标，一些人出于大学自治的理想，都对学生频频寻求司法干预的趋势表示了担忧。甚至有论者认为“高校学生不服学校纪律处分的，可以进行申诉或申请行政复议，但无权状告学校”[①]。

6. 团体罚及其限度

如上述，自中世纪始大学就享有一定的内部裁判权。之后在普遍法治的拓展中，这种裁判权也一直得到了法治秩序的适当尊重。国家一般仅从两个角度进行干预。一是立法上的“法律保留”。这是德国行政法的概念，指在重要的问题上保留只能由国家进行立法的权力，在此领域内一切行政行为必须得到明确授权才能获得正当性。这是为了防止团体压迫它的成员而对自治权利进行限制。但在法律保留领域之外，大学享受充分的设立规范、执行和裁判规范的权力。德国行政法上长期认为这是一种“特别权力关系”，不受一般法治原则的约束。一切纠纷解决机制限于学校内部，不服也不能提出诉讼[②]。在我国现行法律中也有这种观点的痕迹，如《教育法》第 42 条规定了受教育者的权利，其中包括“对学校给予的处分不服向有关部门提出申诉，对学校、教师侵犯其人身权、财产权等合法权益，提出申诉或者依法提起诉讼”。就明显把大量学校内部处

---

① 见《法制日报》2004 年 1 月 19 日《法治时空专刊》5 版，《高校学生有权状告学校吗》一文。

② 参见沈岿编：《谁还在行使权力——准政府组织研究》，清华大学出版社 2003 年 9 月版，第 96 页。

分行为排除在可诉的范围外。如 2002 年严某因考试作弊被学校勒令退学而提起行政诉讼，当地法院即以此条规定为理由裁定不予受理。

二是通过司法对高校的招生决定和一些重要的管理决定进行审查。但这种审查也是谨慎和适度的。以美国为例，1957 年，美国最高法院在一项宪法判例中，借南非的大学校长和学者在一次会议上发表的声明，表达了大法官们对学术自由的看法："大学的四大基本自由是：基于学术理由，决定谁来教，教什么，怎么教，以及谁可以入学"[①]。显然，上述大学自由也包涵了对围绕这四种自由发生的纠纷进行内部裁判。后来美国最高法院也对高校明显不公平的内部裁决进行适当的司法干预，如著名的"布朗诉教育委员会案"。主要的宪法根据有两个，即"平等权"和"正当程序"条款。在其它带有专业和学术性质的问题上，法院仍充分尊重高校的独立判断。如对学生学位论文的判断，对教师学术水平的认定，或试题的错误与否等，承认大学是它自己最终的裁判者。

近年在台湾，围绕大学的内部处罚也发生过许多可资借鉴的案例和争论。台湾司法界传统上也以"特别权力关系"作为处理有关学校与学生争讼的理论，维持学生不得与学校争讼的传统。但"大法官会议"的"释字第 382 号解释"，却在相当程度上突破这一传统的德国行政法理论，认为当学生的基本身份（如学籍、学位）遭受剥夺时，用尽校内申诉管道仍无法获得救济，可循行政争讼的途径。言下之意，对学生的一般纪律处分仍属于大学自治的范畴，国家司法不出面支持学生的诉求。随后，台北"高等行政法院"在 2001 年的一项判决中，

---

① 赵晓力：《学术自由、大学自治与教授治校》，法律思想网。

认为“大学以校规规定二分之一不及格即应退学，应属违法，故应无效”。此判决引起各大学震惊，因为根据统计数据，台湾每年约有一万余人被大学以二分之一不及格为由退学。此案一度引发台湾法律界对于大学自治和内部裁判之极限的热烈讨论[①]。2004年年6月，台湾长庚大学电机系的学生甲，“因信守承诺并有愿赌服输的勇气，在校园内依约裸奔”，被学校以“行为不当”记大过两次、小过两次，最终“留校察看”。舆论满怀同情的称之为“遛鸟侠案”。大学的纪律处分和学生申诉途径问题也再次引起舆论和学界的广泛评议[②]。

国内在看待高校内体处罚上，有三种主流的立场。其一，在田永和刘燕文诉所在学校的案件中，“正当程序”开始成为法官选择介入高校内部裁决的理由。如田永案的判决书中说，“退学处理，涉及到被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，做出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办理，忽视当事人的申辩权利，这样的行政管理行为不具有合法性”。

这是一种从德国行政法理论向着英美普通法道路倾斜的司法救济模式，以学生的宪法权利和学校处分的程序正当与否，作为审查大学内部裁判的标准。这一标准实际上是宪法标准(如受教育权是否被侵害)，部分地超越或含混了大陆法系对行政诉讼与民事诉讼的分别，使大学生的诉求具有宪法诉讼的特

① 台湾“国家政策研究基金会”：《从宪政法理谈大学自治之极限座谈会实录》。见台湾“国家政策研究基金会”网站。

② 陈朝建：《宪法专论：大学自治的意义与案例解说》，见台湾“陈诚法政专业教学网”网站。作者认为“留校察看”并不侵犯学生受教育的“基本身份”，属于大学自治范围。因此受处分之学生不能起诉寻求司法干预

征。这样大学生与学校的法律关系呈现出三个维度，第一层是充分承认大学的自治权力，包括内部裁判权。第二层是在大学的裁决及其依据直接违背法律时，在技术上选择提出行政的或民事的诉讼。第三层则是在大学裁决不直接违背法律时，则以宪法权利为依据要求法庭审查大学的自治是否被滥用。在目前的诉讼技术上也可选择行政的或民事的诉讼方式。这样一种司法干预模式是对大学自治的一种有效约束，而非对大学自治的粗暴干预。不过在缺乏判例制度的背景下，田永案、刘燕文案的原则并未在后来层出不穷的类似案子中被法官们遵循。

其二，有学者鉴于我国公立高校的事业单位模式，与英美大学的自治团体模式相去甚远。因此也建议引入德国的“公务法人”制度[1]，干脆把高校内部关系明确为一种公务关系，高校内部组织关系和学校与学生关系，均视为公法性质的法律关系。整体上受公法调整。同时也明确授权高校具有制定管理规章的权力，并在此基础上将一部分领域保留给国家法律来制定规范，如可能导致学生权益重大损害的开除、不授予学位等处罚，必须由政府立法。政府立法的部分赋予学生寻求司法救济的机会。而政府未保留的校规部分则像国家机关和其职员的内部管理关系一样，属于不可诉的范围。这也是台湾目前的大致模式：一是明确大学法人的行政色彩，二是遵循“特别权力关系”理论排除司法干预，三是以“基本身份”遭剥夺为标准，作为特别权力关系的例外容许学生争讼。这种纯粹公法化的思

---

① 参见沈岿：《法治与公立高等学校——学校与学生的关系维度》，载《谁还在行使权力——准政府组织研究》，清华大学出版社2003年9月版，第112页。另参见马怀德：《公务法人问题研究》，载《中国法学》2000年第4期。马怀德和沈岿都持此种意见。

路，对转型国家大学自治空间的生长显然是不利的。

第二种立场则主张把高校和学生的关系仅视为私法上的契约关系，甚至是消费者与经营者的关系。学校规章就仅是一份民事契约，而一切处罚的实质都是违约责任。这是一种在部分公众中非常流行的观点。上述2004年广东省财贸管理干部学院学生小冈提起的不服学校勒令退学决定的诉讼，就以侵犯消费者权益为理由。但法院认为教育不是消费关系而判原告败诉。这种纯粹私法化的观点，其偏颇也是显而易见的。其一，它无法解释高校事实上的公共行政色彩。其二，即使这种行政色彩是应该被否定的，它也无法解释教育的公益性质。其三，它无法解释大学作为自治团体而形成的对其成员进行内部裁判的传统。如果大学与学生是私法关系，高校就无权处罚学生。它的内部规章无疑是不利于大学生的，因此完全可以申请宣告格式合同的无效。以私法的观点看，大学章程既非来自人人同意的契约缔结原则，也未遵循公司法上少数服从多数的章程原则。但在以正当程序审查大学内部裁决的国家，并未对学校规章制定的正当性提出过如此的要求。

我倾向于第一种模式，即在向着大学自治的转型中，承认大学自治团体内部实施“团体罚”的正当性。借鉴英美普通法的中庸、混合和务实之道，在普遍法治和大学自治之间、在公法原则与私法原则之间寻求均衡，为中国的大学自治理想留下自生演进的制度空间，同时也为超越民事、行政狭隘划分的宪法诉讼模式，积累具体的和本土的法治经验。

所谓团体罚，是指“为维护社团的纪律及秩序，社团对社员常须为一定的制裁，诸如开除、停权、罚款、不许使用社团

设施等"[1] 譬如高校在学生宿舍管理等方面一般都有罚款措施，以普遍法治的观点去看这显然不具有正当性，除非高校是公共权力机构，否则只能要求民事赔偿，不能对学生实施罚款。这是简单的、一分为二的法治观。如果引入社团罚的概念，我们就能在大学自治或私法自治的概念下，而非在"公务法人"的概念下，来接受和解释高校内部处罚的合理性。目前中国社会存在几种引人注目的社团罚现象，一来自高校，一来自足协，一来自中共对其党员的处罚和惩戒。如果社团罚侵入了"法律保留"领域（如立法法规定只有法律才能设立"限制人身自由的强制措施和处罚"），则因违法而无效。但只要未与法律直接抵触，就应当允其自治。所谓自治其实就是"依宪法自治"。判断一项大学社团罚的正当性，应当把校规放到大学团体自治的传统中，去对其正当程序进行衡量。如规章是如何制定和获得成员认同的，是否存在明显的歧视或对其成员宪法权利的伤害，团体成员是否能获得知情和申辩的机会等等。而不能一概认为只要不是政府，一个团体就无权对其成员实施内部处罚。或简单地在"公务法人"或准行政机关的概念下认为没有行政法的直接授权，就一定是非法的。从西方历史看，社团罚的正当性主要就来自习惯法上的认同。如大法官霍姆斯所言，"法律的生命在于经验，不在于逻辑"。社团罚不是理论，而是活生生的习惯。它的特点就是对公法和私法的一种混合[2]，尤其是大学自治传统中形成的团体罚。

历史上，大学内部处罚传统的形成，受到它某种"不食人间烟火"的理想主义色彩的影响，也和珍惜学术自由和大学自

---

[1] 袁曙宏、苏西刚：《论社团罚》，载《法学研究》2003年第5期。

[2] 袁曙宏、苏西刚：《论社团罚》，载《法学研究》2003年第5期。

治、以及对世俗权柄充满怀疑和轻视的某种保守主义倾向有关。法治与自治的分野，也就是法官和教授的分野。在某个理想状态中的大学城里，学生们眼中最高的裁判者本来就应该是身穿学袍的亚里士多德，而不是身穿法袍的包青天。用一位学者的话说，大学自治的精髓就在于，“让恺撒的归恺撒，上帝的归上帝，亚里士多德的归亚里士多德”①。用一个不恰当的比喻，如孔乙己说“读书人窃书不算偷”，或文人们说的“笔墨官司笔墨打”。知识团体内部发生的与知识有关的纠纷（杀人放火或借钱不还当然除外）是一种斯文的纠纷，应由知识团体自己解决，而无需求助于国王的权柄。这种裁判权的自治传统恰恰体现了大学理想的一种矜持，甚至也是民主社会所需要的一种素养。如托克维尔所说，“（美国人）从小就对社会的主管当局投以不信任和怀疑的眼光。只在迫不得已的事后才向它求助。他们从上小学就开始培养这种习惯，在游戏里服从自己制定的规则，处罚由自己规定的犯规行为”②。

团体罚的传统也并非不食人间烟火，它同样有着经济理性的衡量。大学师生不但是一个抽象的知识共同体，也是观念、职业、社会地位、信誉等方面的一个实惠的共同体。后者的价值在现代商业社会尤其重要。用商业性的语言说就是大学共同体的品牌资源。有舆论认为大学生们动辄状告“母校”，是一种对传统文化价值的伤害。也有法学家反过来担忧“母校”的文化意念，是否对大学生维护自己权利造成了阻碍③？频频的

① 见萧雪慧：《大学之魂》，《书屋》2001年第11期。

② 托克维尔：《论美国的民主》（上册），董果良译，商务印书馆1988年版，第213页。

③ 见沈岿：《法治与公立高等学校——学校与学生的关系维度》，载《谁还在行使权力——准政府组织研究》，清华大学出版社2003年9月版。

司法干预，对高校师生共同体的名誉和潜在利益显然会构成损耗。因此当2004年9月因接吻被开除的两位大学生提起诉讼时，曾主动要求记者不能透露学校的名字，因为他们不愿因这场诉讼而损害学校的声誉。

高校的内部处罚如果无法在内部获得一种自洽和广泛的尊重与认同，而必须频频呼唤和援引司法干预，或只能够通过一种彻底的“公法化”才能获得正当性，那么无论从抽象理念还是从世俗价值看，都是大学理想的一种失败，也是法治理想的一种失败。法治理想并不是要把一切都涵盖到法治中来，而是通过法律秩序去创造和保护一种最大化的公民自治的可能性。从这个角度解读近年来大学生的诉讼浪潮，这个浪潮表明目前大学内部处罚机制正在面对一场正当性的危机。根本原因在于高校的内部管理从规则制定到处分决定，由于其浓厚的意识形态色彩和行政机构色彩，严重地缺乏民主、透明、公正和沟通。这使学生们觉得在法院里遇上一个包青天的机会，即使再渺小，也比在学校内遇见一个亚里士多德的机会大。否则他们并不会轻易兴讼去损害一个与自己休戚相关的利益共同体。

7. 结语

近年也有一些高校在其内部裁判的民主化和正当程序方面，进行了可贵的尝试，尤其是开始采纳听证制度：

2000年，上海华东政法学院就“研究生处对某某若干课程考核不及格作留级处理”的问题进行听证会。这是公开报道

的中国高校首次就处罚学生举行的听证会[①]。

2003年，中山大学经过民意调查，有三分之一的学生认为膳食价格偏高，于是举行了全国首次学生食堂的价格听证会。

2003年10月开始，山东理工大学实行每月一次由老师和学生代表参加的听证会，但并未与特定事项的决策或处罚机制相联系，因此和传统的座谈会区别甚微。目前大多数高校实行的所谓听证会，都是这种咨询型的恳谈、座谈、班会、政治学习会等传统形式的改头换面。

2003年11月，广州大学公开征求对《学生违纪处分条例(试行)》的修改意见，并要求各院系召开学生座谈会讨论条例草案。

2004年，北京市教育考试院举行了全国首次关于处罚自考作弊者的听证会。给予受处罚者公开申辩的机会。

2004年，福州大学改变学生违纪处理办法，各学院成立由行政干部、任课老师、学生代表三方组成的学生违纪处理委员会，透明处理学生违纪问题。被处分的学生可以到会参加申辩，其他同学也可旁听并提出意见，最后由学生违纪处理委员会投票决定处分结果。这是目前最接近于团体自治的听证会模式。

要言之，无论是强化高校的公共行政地位，还是单纯限制大学生提起诉讼的权利，或过分主张司法对高校内部处罚的介入，认为一切高校纠纷都可以且应该拿到法院去解决，都不是符合大学理想的中道。大学理想应在法治与自治之间寻求衡平。即通过高校管理的民主化和去意识形态化，增强团体罚的正当性和内部纠纷仲裁机制的有效性。在尊重大学自治及其内

① 《华东政法学院处理学生先听证》，载《中国青年报》2000年5月9日。

部裁判权的基础上，再通过立法的保留和司法对内部处罚的正当程序的宪法审查，对其进行适当的限制和监督。在“宪法之治”和“依宪法自治”的互动中去发现和塑造社会规则的自生演进的方式。

后　记

这是几年来，我在学术上持自由主义和宪政主义立场的一些研究。权利优先于善，自由高于民主，是自由主义进路的一个起点。但宪政主义超验之维的凸现，使得在受到法治主义道路约束的前提下，一种对于道德价值和一个自由的人类共同体的盼望与保守重新被呼唤出来。这既与一种自然主义的自由主义观有差异，更与一些人在非自由主义与非法治主义路径下对于政治德性的大言澹澹迥异。坚持人类有限的生存经验中所沉淀的普世的价值约束和制度约束，是我一切学术思考与现实关怀的一个发生点。

我还深刻的记得，1996年初读刘军宁先生在《公共论丛》第2辑上的《共和·民主·宪政》一文时内心的欣喜若狂。对国内学界的恢复元气感慨万千，对终于在当下发现与我的肉身世界有关联的汉语学术言说的一种盼望，开始从大学生涯的虚无感中挣脱出来。这一阅读体验在我个人的思想史上留下了篇章。2001年，我因互联网上的言论得以与先生相识，蒙其抬爱合作“宪政论衡”网站，进入九鼎公共事务研究所。数年来

学术思想上屡得其教训，促使我的宪政之道从法学立场扩展至政治学和政治哲学的立场。这倒在其次。值此时代学人何为，于此大节上反而受益最多，毋忘在莒。

此书上编的内容，在我2003年写作的《宪政主义》一书基础上修订而成。这是与范亚峰和秋风等人筹划的“公民宪政读本”系列的一册，重在观念的梳理 后未能顺利出版。下编收录了我近年来几篇论文，涉及赋税问题、中央与地方关系、乡村选举、清末立宪、大学自治等制度变迁的几个侧面。上编的核心观念是“在先约束”，下编一以贯之的立场是“地方主义”或“小共同体本位”。全书由超验而经验，自观念而技术，从天上到地下，大致呈现出我在宪政研究上的整体思路。只是近来的两个路向，一是在观念上对基督教传统和《圣经》中的政治哲学的关注，由此引出政治神学的进路。二是普通法和英国经验主义的道路，对宪政技术的影响。没能单独成篇，只好留待他日。不过秋风兄的《立宪的技艺》一书已对后者作了精彩的阐发，也使我自愧不如，甘心留阙。

向下列在思想上相互撞击、令吾道不至于孤单的师友表示感激：中国社会科学院的徐友渔先生、范亚峰兄和高全喜兄，北京大学的贺卫方先生，清华大学的秦晖先生，中国人民大学的刘海波兄和新闻周刊的秋风兄，中国政法大学的萧瀚兄、滕彪兄，及祖桦兄、陈永苗兄、中国青年政治学院的杨支柱兄、四川大学法学院的周伟老师和谢维雁兄，及惶恐中未曾提及的更多的朋友。感谢他们于我思想上的助益和道义上的负担。

谢谢自费阅读此书的每位读者，和绝大部分公款阅读者。谢谢我曾有过的每一位宝贵的读者，对他们的视力下降表示歉意。谢谢山东人民出版社的李怀德先生，感谢他的耐心和仔细的催促。以及因可以理解的原因，要特别向刘霞夫妇和刘敏夫

妇表示感激和敬意。

《旧约·箴言》第31章中说，“才德的妇人谁能得着呢，它的价值远胜于珍珠”。最后我将一生的感激完整地献给我的妻子蒋蓉，好妻子不是我努力赢得的，乃是出自白白的恩典 从十八岁开始，没有我的妻子恒久忍耐并永不止息的爱，没有她因着这种爱与我分担彼此的命运，我这辈子连一个字也写不出来。

除了错别字.

王 怡

2006年初于成都大学